

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

323

**LAUDO ARBITRAL
TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
CONTRA
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil quince (2015).

Surtidas todas las actuaciones procesales para la instrucción del trámite y en la fecha señalada para la Audiencia de Fallo, el Tribunal Arbitral profiere el Laudo conclusivo del proceso, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

CAPÍTULO PRIMERO: ANTECEDENTES

1. PARTES.

1.1. Parte Convocante:

ORGANIZACIÓN TERPEL S.A. (en lo sucesivo TERPEL o la Convocante), sociedad colombiana de la clase de las anónimas, que de acuerdo con el Certificado de Existencia y Representación Legal que obra en el expediente, fue constituida mediante Escritura Pública N° 6038 del veintiuno (21) de dos mil uno (2001) de la Notaría 6 de Bogotá. Tiene su domicilio en la ciudad de Bogotá D.C. y su representante legal es el Presidente, cargo que a la fecha de la certificación ejerce la doctora **SYLVIA ESCOBAR GÓMEZ.**

1.2. Parte Convocada:

JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA (en adelante el señor ZAPATA o el Convocado), mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía número 13.880.852, con domicilio en Puerto Salgar Cundinamarca.

2. EL PACTO ARBITRAL.

En el Cuaderno de Pruebas N° 1, a folios 1 a 45 del mismo, obra copia del "CONTRATO DE CONCESIÓN Y DISTRIBUCIÓN ENTRE ORGANIZACIÓN TERPEL Y ZAPATA VALENCIA JESÚS ANTONIO" y sus anexos de 1 de julio de 2010, y en la cláusula 12.1 (folios 23 y 24 del Cuaderno de Pruebas No. 1), está pactada la cláusula compromisoria, que dispone:

" Capítulo XII. Resolución de Conflictos: Toda controversia o diferencia que surja entre las partes por causa o con ocasión del presente contrato, con relación a su ejecución, cumplimiento, terminación o las consecuencias finales del mismo, con excepción de las controversias que se susciten con relación a la naturaleza de la relación comercial en la medida que impliquen la solicitud de reconocimiento de la agencia comercial y de las prestaciones establecidas en el artículo 1324 del Código de Comercio, que no puedan ser arregladas amigablemente entre las partes, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento, que se sujetará a las reglas, tarifas y procedimientos establecidos por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de acuerdo con lo siguiente:

(i) El tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes. Si no existiere acuerdo total o parcial de las partes sobre el nombramiento de los árbitros, cualquiera de ella podrá solicitar al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, que proceda a su designación.

(ii) El tribunal decidirá en derecho. Las controversias exceptuadas del conocimiento de los árbitros mencionados anteriormente, serán dirimidas por la justicia ordinaria. Para todos los efectos el domicilio del presente contrato será la ciudad de Bogotá D.C., Republica de Colombia, y su legislación aplicable será la Ley Colombiana."

3. EL TRÁMITE ARBITRAL.

3.1. La demanda arbitral: El 17 de octubre de 2013, **ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.**, solicitó a través de apoderado judicial, la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento para resolver las diferencias surgidas con **JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA** (folios 2 a 9 del Cuaderno Principal No. 1).

3.2. Árbitros: Según lo previsto en la cláusula compromisoria y en atención a que los días 31 de octubre de 2013 (folio 53 del Cuaderno Principal No. 1), 20 de noviembre de 2013 (folio 60 del Cuaderno Principal No. 1), 6 de diciembre de 2013 (folio 67 del Cuaderno Principal No. 1), 13 de enero de 2014 (folio 71 del

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

325

Cuaderno Principal No. 1), 27 de enero de 2014 (folio 78 del Cuaderno Principal No. 1), 10 de febrero de 2014 (folio No. 86 del Cuaderno Principal No. 1) y 26 de febrero de 2014 (folio 90 del Cuaderno Principal No.1) no fue posible realizar la designación de los árbitros de común acuerdo por la inasistencia de el Convocado, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante sorteo público realizado el día 6 de marzo de 2014, designó como árbitros a los doctores **ORLANDO ABELLO MARTINEZ-APARICIO, MARCELA CASTRO RUIZ y CAROLINA GUILLÉN GÓMEZ**, quienes una vez notificados por el Centro de Arbitraje, aceptaron en tiempo su nombramiento y dieron cumplimiento a lo previsto en el Reglamento del Centro de Arbitraje y la ley.

3.3. Instalación: Una vez realizadas las citaciones en cumplimiento a lo previsto en la ley, el Tribunal de Arbitraje se instaló el 24 de junio de 2014 (Acta No. 1, folios 223 a 225 del Cuaderno Principal No. 1) en sesión realizada en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá en donde fijó su sede, se realizó la audiencia de instalación, se designó como presidente el doctor **ORLANDO ABELLO MARTINEZ-APARICIO** y como Secretario, el doctor **CARLOS MAYORCA ESCOBAR**.

3.4. Admisión de la demanda: Por auto de 24 de junio de 2014 (Acta No. 1 folios 223 a 225 del Cuaderno Principal No. 1), el Tribunal inadmitió la demanda y ordenó dar cumplimiento a lo previsto en el numeral 8º del artículo 75 del Código de Procedimiento Civil. Posteriormente, la parte Convocante presentó escrito subsanatorio y además radicó sustitución de la demanda el día 2 de julio de 2014. El Tribunal, mediante auto de 24 de julio de 2014 (Acta No. 2 folios 278 a 279 del Cuaderno Principal No. 1), admitió la demanda y ordenó notificarla personalmente junto con sus anexos a la Convocada y correr traslado de la misma por el término de ley. Previa la realización de los trámites y procedimientos establecidos en los artículos 315 y 320 del Código de Procedimiento Civil, tal como consta en el expediente, la demanda se notificó en los términos indicados en el informe secretarial que obra en Acta No. 3 de 13 de enero de 2015 (folios 294 y 295 del Cuaderno Principal No. 1), guardando silencio el Convocado dentro del término de traslado, por lo cual no obra en el expediente la contestación de la demanda con la respectiva proposición de excepciones y solicitud de pruebas.

3.5.Reforma de la demanda: El día 29 de enero de 2015 (folios 296 a 314 del Cuaderno Principal No. 1), se presentó una reforma de la demanda, respecto de la cual la parte Convocante radicó un escrito de alcance el día 16 de febrero

de 2015 (folios 315 a 319 del Cuaderno Principal No.1). La reforma se admitió mediante auto de 17 de febrero de 2015 (Acta No. 4 folios 320 a 321 del Cuaderno Principal No. 1), la cual ordenó el Tribunal fuera enviada por correo certificado a la dirección del Convocado y fue recibida en dicha dirección, el día 4 de marzo de 2015, tal como consta en el expediente . Respecto de la demanda reformada, la parte Convocada guardó silencio.

3.6. Audiencia de Conciliación y Fijación de gastos y honorarios: Inicialmente se fijó esta diligencia para el día 30 de enero de 2015, pero en atención a la presentación del escrito de reforma de la demanda se surtió el día 29 de abril de 2015 (Acta No. 6, folios 333 a 355 del Cuaderno Principal No. 1), y ante la inasistencia de la parte Convocada la conciliación se declaró fracasada. En vista de ello, se procedió a realizar la fijación de gastos y honorarios del Tribunal, los cuales fueron pagados en un 100% por la parte Convocante, tanto la proporción que le correspondía como lo que estaba a cargo de la parte Convocada.

3.7. Primera audiencia de trámite: El día 26 de mayo de 2015, se realizó la primera audiencia de trámite, fecha en la cual el Tribunal se declaró competente y decretó pruebas (Acta No. 7, folios 365 a 374).

3.8. Pruebas: Ejecutoriada la providencia por la cual asumió competencia y decretó las pruebas, el día 16 de junio de 2015, se practicó la diligencia de contradicción del experticio rendido por lo señores CAMILO ANDRÉS DÍAZ MENDOZA y ZAMIR ESTEBAN KARKOMES DÍAZ (Acta No. 9, folios 387 a 390 del Cuaderno Principal No. 1).

En la misma audiencia, el Tribunal ordenó de oficio que se aportaran los documentos que fueron analizados por los expertos para rendir su dictamen, los cuales se allegaron el día 22 de junio siguiente. Posteriormente, se practicó el testimonio del señor LUIS GERARDO MARTÍNEZ RAMÍREZ (Acta No. 10, folios 455 a 470 del Cuaderno Principal No. 1.).

En relación con el experticio aportado por la parte Convocante, el Tribunal de oficio ordenó mediante auto de fecha 28 de julio de 2015 (Acta No. 12 folios 477 a 480 del Cuaderno Principal No.1) su aclaración y complementación, la cual se presentó el día 18 de agosto de 2015 (folios 66 a 99 del Cuaderno de Pruebas No. 2).

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

307

Respecto al interrogatorio de parte del Convocado, por la inasistencia de éste a la audiencia previamente fijada y notificada, sin una excusa justificada, el Tribunal, con arreglo al artículo 210 del Código de Procedimiento Civil, determinó que se presumían ciertos los hechos contenidos en las preguntas del cuestionario formulado por la parte Convocante, salvo las preguntas 3, 4 y 5 del cuestionario por no cumplir con los requisitos previstos en el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil. (Acta No. 10 de fecha 22 de julio de 2015, folios 455 a 458 del Cuaderno Principal No. 1).

El Tribunal, de oficio, decretó un dictamen pericial financiero y contable, el cual se rindió por la perito GLORIA ZADY CORREA, quien lo presentó el día 18 de agosto de 2015 (folios 1 a 65 del Cuaderno de Pruebas No. 2). Respecto del mismo se corrió traslado, siendo solicitadas aclaraciones y complementaciones por el apoderado de la parte Convocante, las cuales se rindieron el día 24 de septiembre de 2015 (folios 435 a 440 del Cuaderno de Pruebas No. 1). De estas aclaraciones se corrió traslado a las partes, que guardaron silencio.

De igual forma, se decretó de oficio el testimonio del señor JORGE LUDWING LOZANO JAIMES, diligencia que se practicó el día 24 de agosto de 2015. Estuvo presente en la diligencia el abogado Mauricio Velandia (Acta No. 14, folios 481 a 483 del Cuaderno Principal No. 1). Este testigo fue tachado de sospechoso por el apoderado de la parte Convocante.

La parte Convocante desistió del testimonio del señor ROBERTO GALVIS LONDOÑO, desistimiento que fue aceptado por el Tribunal mediante auto de fecha 16 de junio de 2015 (Acta No. 9 folios 387 a 389 del Cuaderno Principal No. 1).

De las transcripciones de los testimonios se corrió traslado a las partes, quienes guardaron silencio.

3.9. DE LA SOLICITUD DE NULIDAD PRESENTADA Y LA REPRESENTACIÓN DE LA PARTE CONVOCADA:

El SR. JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA otorgó poder al abogado ANDREÍ STRISEO VILLAMIL para actuar en el proceso arbitral, escrito éste presentado personalmente en la Notaría Única del Municipio de Puerto Salgar el día 7 de julio de 2015 y radicado en la secretaría del Tribunal el día 24 de julio de 2015

(Folio 473 Cuaderno Principal); en la misma fecha, el apoderado solicitó por escrito copia íntegra del expediente. (Folio 474 Cuaderno Principal).

El Tribunal posteriormente en Acta No. 11 de 27 de julio de 2015, reconoció personería al apoderado del Señor ZAPATA (folios 466 a 469 del Cuaderno Principal No. 1).

La parte Convocada a través de apoderado presentó el día 25 de agosto de 2015, una solicitud de nulidad (Cuaderno Principal No. 1 folios 554 a 569), la cual fue resuelta negativamente en audiencia de fecha 18 de septiembre de 2013 (Acta No. 16, folios 1 a 36 del Cuaderno Principal No. 2). En la misma audiencia se interpuso recurso de apelación, el cual se rechazó por improcedente. Mediante escrito de fecha 24 de septiembre de 2015 (folios 55 a 62 del Cuaderno Principal No. 2), la entonces apoderada del Convocado presentó recurso de reposición y en subsidio apelación, contra el auto que había sido proferido y notificado en audiencia de fecha 18 de septiembre de 2015, los cuales se rechazaron por improcedentes mediante auto de fecha 19 de octubre de 2015 (Acta No. 17 folios 99 a 103 del Cuaderno Principal No. 2).

3.10. DE LAS SOLICITUDES PRESENTADAS POR PETROLEOS DEL MILENO PETROMIL S.A.

De la solicitud de coadyuvancia presentada por el apoderado de PETROMIL hoy apoderado del Convocado.

El 10 de septiembre de 2015, el apoderado de PETROMIL presentó una solicitud de coadyuvancia, junto con las pruebas anunciadas en dicho escrito (folios 571 a 576 Cuaderno Principal No.1; los anexos obran a folios 100 a 434 Cuaderno de Pruebas 2). Esta solicitud fue negada por el Tribunal en audiencia de fecha 19 de octubre de 2015 (Acta No. 17 folios 71 a 105 del Cuaderno de Pruebas No. 2).

- De la solicitud para intervenir como litisconsorte necesario y/o facultativo.

El día 19 de octubre de 2015, mediante correo electrónico, el apoderado de PETROMIL presentó solicitud para intervenir en el presente proceso como litisconsorte necesario y/o facultativo(folios 134 a 136 del Cuaderno de Pruebas No. 2). La petición se resolvió de manera desfavorable mediante auto de fecha 23 de octubre de 2015; contra esta decisión el apoderado de Petromil se

presentó recurso de reposición, el cual fue negado en la misma audiencia (Acta No. 18, folios 114 a 132 del Cuaderno Principal No. 2).

3.11. CIERRE DE LA ETAPA PROBATORIA: Concluida la práctica de pruebas, el Tribunal mediante auto de fecha 23 de octubre de 2015 (Acta No. 18, folios 114 a 132 del Cuaderno Principal No. 2), ordenó el cierre de la etapa probatoria y la fijación de la fecha para audiencia de alegatos para el día 6 de noviembre de 2015. En dicha fecha los apoderados de las partes expusieron sus alegatos de manera oral y al final presentaron los correspondientes escritos que sustentan sus posiciones, a partir de lo que consideran probado a lo largo del proceso arbitral (Acta No. 19 de 6 de noviembre de 2015, folios 137 a 139 del Cuaderno Principal No. 2).

3.12. AUDIENCIA DE LAUDO: El Tribunal señaló el presente día y hora para la audiencia de fallo.

4. LA DEMANDA.

Se resume la demanda arbitral como fue presentada por la parte convocante.

4.1. La demanda arbitral.

La Parte Convocante pretende, tal como consta en la demanda reformada, que:

"2.1. PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES

2.1.1. Que se declare que el demandado incumplió el contrato de concesión y distribución que celebró con TERPEL, al darlo por terminado unilateralmente sin tener tal derecho, mediante comunicación del 25 de mayo de 2012.

2.1.2. Que como consecuencia de la prosperidad de la pretensión 2.1.1., se declare la resolución del contrato.

2.1.3. Que se ordene al demandado en virtud de la prosperidad de las pretensiones 2.1.1. y 2.1.2., indemnizar todos los daños y perjuicios consecuencia del incumplimiento y la resolución del contrato, a TERPEL.

2.1.4. Que se ordene al demandado en virtud de la prosperidad de las pretensiones 2.1.1. y 2.1.2., al pago a favor de TERPEL de la sanción

contractual establecida en el literal a) de la cláusula 10.1 del capítulo X con título "RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD" del contrato.

2.1.5. Que como consecuencia de la procedencia de las pretensiones arriba descritas, se condene en costas, agencias en derecho y, a pagar, en general, todos los gastos y costos asociados a este tribunal al demandado.

2.2. SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES

2.2.1. Que se declare que el demandado incumplió el contrato de concesión y distribución que celebró con TERPEL, al dejar de adquirir combustible de esta última a partir del 24 de mayo de 2012.

2.2.2. Que en virtud de la prosperidad de la pretensión 2.2.1., solicitamos que se declare, como consecuencia la resolución del contrato.

2.2.3. Que en virtud de la prosperidad de las pretensiones 2.2.1 y 2.2.2, se ordene al demandado, indemnizar por todos los daños y perjuicios consecuencia del incumplimiento y la resolución del contrato, a Terpel.

2.2.4. Que en virtud de la prosperidad de las pretensiones 2.2.1. y 2.2.2., se ordene al demandado, al pago a favor de TERPEL de la sanción contractual establecida en el literal a) de la cláusula 10.1 del capítulo X con título "RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD" del contrato.

2.2.5. Que como consecuencia de la procedencia de las pretensiones arriba descritas, se condene en costas, agencias en derecho y a pagar, en general, todos los gastos y costos asociados a este tribunal al demandado.

2.3. TERCER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES

2.3.1. Que se declare que el demandado incumplió el contrato de concesión y distribución que celebró con TERPEL, al distribuir y comercializar a través de sus estaciones de servicio productos o combustibles adquiridos de terceros, a partir de mayo de 2012.

2.3.2. Que en virtud de la prosperidad de la pretensión 2.3.1., se ordene al demandado indemnizar todos los daños y perjuicios consecuencia del incumplimiento y la resolución del contrato, a TERPEL.

2.3.3. Que en virtud de la prosperidad de la pretensión 2.3.1., se ordene al demandado, al pago de la sanción contractual establecida en el literal

b) de la cláusula 10.1 del capítulo X con título "RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD" del contrato, a TERPEL.

2.3.4. Que como consecuencia de la procedencia de las pretensiones arriba descritas, se condene en costas, agencias en derecho y a pagar, en general, todos los gastos y costos asociados a este tribunal al demandado.

2.4. CUARTO GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES

2.4.1. Que se declare que el demandado incumplió el contrato de concesión y distribución que celebró con TERPEL, al distribuir y comercializar a través de sus estaciones de servicio productos o combustibles adquiridos de terceros, a partir de mayo de 2012, haciendo uso de los signos distintivos de TERPEL, hasta diciembre de 2012 en el caso de la estación de servicio CORAN y hasta enero de 2013 en el caso de la estación de servicio SERVIEZ.

2.4.2. Que en virtud de la prosperidad de la pretensión 2.4.1., se ordene al demandado, indemnizar por todos los daños y perjuicios consecuencia del incumplimiento y la resolución del contrato, a TERPEL.

2.4.3. Que en virtud de la prosperidad de la pretensión 2.4.1., se ordene al demandado, al pago a favor de TERPEL de la sanción contractual establecida en el literal c) de la cláusula 10.1. del capítulo X con título "RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD" del contrato.

2.4.4. Que como consecuencia de la procedencia de las pretensiones arriba descritas, se condene en costas, agencias en derecho y, a pagar, en general, todos los gastos asociados a este tribunal al demandado.

2.5. PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

2.5.1. Que en subsidio de la prosperidad de las pretensiones 2.1.1. y 2.1.2., solicitamos que se declare que el demandado pese a tener derecho a terminar unilateralmente el contrato, abusó del mismo.

2.5.2. Que en subsidio de la prosperidad de la pretensión 2.1.3., y como consecuencia de la prosperidad de la pretensión 2.5.1., se ordene al demandado, indemnizar a TERPEL todos los daños y perjuicios consecuencia del abuso del derecho en que incurrió.

2.5.3. Que en subsidio de la prosperidad de la pretensión 2.1.4., y como consecuencia de la prosperidad de la pretensión 2.5.1., se ordene al demandado al pago a favor de TERPEL de la sanción contractual

establecida en el literal a) de la cláusula 10.1 del capítulo X con título "RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD" del contrato.

2.6. SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

2.6.1. Que en subsidio de la prosperidad de las pretensiones 2.2.1. y 2.2.2, se declare que el demandado pese a tener derecho a terminar unilateralmente el contrato, abusó del mismo.

2.6.2. Que en subsidio de la prosperidad de la pretensión 2.2.3, y como consecuencia de la prosperidad de la pretensión 2.6.1. se ordene al demandado, indemnizar a TERPEL, todos los daños y perjuicios consecuencia del abuso del derecho en que incurrió.

2.6.3. Que en subsidio de la prosperidad de la pretensión 2.2.4., y como consecuencia de la prosperidad de la pretensión 2.6.1, se ordene al demandado el pago a favor de TERPEL de la sanción contractual establecida en el literal a) de la cláusula 10.1 del capítulo X con título "RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD" del contrato.

2.7. TERCER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

2.7.1. Que en subsidio de la prosperidad de la pretensión 2.3.1., solicitamos que se declare, que el demandado pese a tener derecho a terminar unilateralmente el contrato, abusó del mismo.

2.7.2. Que en subsidio de la prosperidad de la pretensión 2.3.2., y como consecuencia de la prosperidad de la pretensión 2.7.1., se ordene al demandado, indemnizar a TERPEL todos los daños y perjuicios consecuencia del abuso del derecho en que incurrió.

2.7.3. Que en subsidio de la prosperidad de la pretensión 2.3.3., y como consecuencia de la prosperidad de la pretensión 2.7.1., se ordene al demandado al pago a favor de TERPEL de la sanción contractual establecida en el literal a) de la cláusula 10.1 del capítulo X con título "RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD" del contrato.

2.8. CUARTO GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

2.8.1. Que en subsidio de la prosperidad de la pretensión 2.4.1, solicitamos que se declare, que el demandado pese a tener derecho a terminar unilateralmente el contrato, abusó del mismo.

2.8.2. Que en subsidio de la prosperidad de la pretensión 2.4.2., y como consecuencia de la prosperidad de la pretensión 2.8.1. se ordene al

demandado, indemnizar a TERPEL todos los daños y perjuicios consecuencia del abuso del derecho en que incurrió.

2.8.3. Que en subsidio de la prosperidad de la pretensión 2.4.3., y como consecuencia de la prosperidad de la pretensión 2.8.1., se ordene al demandado al pago a favor de TERPEL de la sanción contractual establecida en el literal a) de la cláusula 10.1 del capítulo X con título "RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD" del contrato.

2.9. QUINTO GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

En subsidio de las pretensiones 2.5.1, 2.6.1, 2.7.1 y 2.8.1, se declare lo siguiente:

2.9.1. Que como consecuencia de la inversión efectuada por Terpel en las estaciones de servicio del demandado (SERVIEZ y CORÁN), el demandado se enriqueció sin justa causa como consecuencia de aportes de capital de trabajo, equipos dados en comodato, reputación y clientela por parte de TERPEL que no se vieron retribuidos con la adquisición de combustibles u otros productos durante el tiempo necesario o en cantidad suficiente para el retorno de las mismas.

2.9.2. Que como consecuencia de la prosperidad de la pretensión 2.9.1, se ordene al demandado pagar a TERPEL el monto de dinero en que acrecentó su patrimonio por las inversiones efectuadas por TERPEL y no recuperadas a través de la adquisición de combustibles u otros productos a Terpel.

Con independencia de todo lo anotado, en caso de que prospere cualquiera de las pretensiones principales o subsidiarias, ratificamos la petición de que el demandado sea condenado en costas y agencias en derecho, así como al pago de cualquier suma que haya tenido que asumir nuestra representada en el trámite arbitral.

De igual manera, solicitamos amablemente al Tribunal que le ordene al demandado que cualquier suma de dinero que se condene a pagar como consecuencia de la prosperidad de cualquiera de las pretensiones propuestas, sea indexada al día del pago, al tiempo que se reconozcan y paguen intereses de mora a la máxima tasa legal certificada por la Superintendencia Financiera causados desde el día en que se emita el laudo que resuelva esta controversia y hasta la fecha en que se efectúe el pago de la condena en los términos que ordene el Tribunal." (folios 297 a 301 del Cuaderno Principal No. 1).

4.2. Los hechos de la demanda:

En la reforma de la demanda que contenía la demanda integrada se establecen como hechos los siguientes:

"1. TERPEL es distribuidor mayorista de combustibles líquidos derivados del petróleo en el territorio colombiano conforme lo establecido en las resoluciones de autorización del Ministerio de Minas y Energía, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 4 del decreto 4299 de 2005.

2. El 1 de julio de 2010, TERPEL celebró un contrato de concesión y distribución, con el señor JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA, en su calidad de propietario de las estaciones de servicio denominadas "ESTACIÓN DE SERVICIO SERVIEZ" (en adelante "SERVIEZ") y "ESTACIÓN DE SERVICIO Y PARADOR EL CORÁN" (en adelante "EL CORAN"), propiedad de este último, cuyo objeto, obligaciones y contenido se encuentran en el documento aportado como prueba.

3. El 10 de febrero de 2012, el demandado dirigió una comunicación a TERPEL en la que: i) reconoció el incumplimiento de diversas obligaciones contractuales a su cargo y en favor de TERPEL, incluyendo la emisión y transferencia de cheques sin fondos; ii) proponía un acuerdo de pago que radicaba en "conservar los mismos buenos términos comerciales" para "mantener el consumo habitual pactado en el contrato", y "dar cumplimiento al volumen comprometido con TERPEL"; iii) manifestó que TERPEL no estaba facultado para cobrar la sanción cambiaria sobre los cheques devueltos; iv) aun cuando sí reconocería los intereses de mora correspondientes.

4. El 25 de mayo de 2012, mediante comunicación escrita, el demandado anunció a TERPEL su intención de terminar de manera anticipada, unilateral e intempestiva, y en cualquier caso ilegal, el contrato de concesión y distribución celebrado entre las partes.

5. De manera simultánea, el señor JESÚS ANTONIO ZAPATA, consignó a favor de TERPEL el 25 de mayo de 2012, la suma de cuatrocientos cinco millones de pesos (\$405.000.000), aduciendo que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 13.15 del contrato, hacia la devolución correspondiente de aporte a capital de trabajo que había sido entregada por TERPEL.

6. El 24 de mayo de 2012, TERPEL facturó el último pedido que le hiciera el demandado de producto o combustible en cumplimiento de sus

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

335

obligaciones derivadas del contrato de concesión y distribución, por lo que desde esa fecha TERPEL no recibe órdenes de compra o suministro del demandado, lo que constituye un evidente incumplimiento de las obligaciones contractuales de este último.

7. A partir de mayo de 2012, el demandado empezó a adquirir producto o combustible de la mayorista PETROMIL, en claro incumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato de concesión y distribución.

8. Pese a que el demandado no adquiría producto o combustible de TERPEL, sino que lo adquiría del mayorista PETROMIL, siguió haciendo uso de los signos distintivos de nuestra representada hasta enero de 2013 en SERVIEZ y diciembre de 2012 en EL CORAN, lo que igualmente se constituye en un claro incumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato de concesión y distribución.

9. El 20 de junio de 2012, TERPEL dio respuesta a la carta presentada por el señor JESÚS ANTONIO ZAPATA, indicándole la invalidez de la terminación unilateral del contrato, lo infundado de sus afirmaciones, las multas y resarcimiento de perjuicios a los cuales debía responder como consecuencia de sus incumplimientos al contrato de concesión y distribución celebrado entre las partes.

10. El 5 de julio de 2012, el demandado envió carta de respuesta a la misiva de TERPEL del 20 de junio de 2012, expresando su desacuerdo con los argumentos planteados en esta última comunicación.

11. El 10 de septiembre de 2012, el demandado, por medio de apoderada, envió una nueva comunicación a TERPEL también en respuesta a la carta de nuestra mandante del 20 de junio de 2012, en la que confiesa haber terminado unilateralmente el contrato de concesión y distribución con TERPEL y haber cambiado de distribuidor mayorista, argumentando que el término de duración del contrato de concesión y distribución era equivalente a un pacto de preferencia, que se extinguió de acuerdo los artículos 862 y 974 del Código de Comercio; adicionalmente, sostuvo que TERPEL había incumplido algunas obligaciones contractuales.

12. El 12 de septiembre de 2012, el demandado envía comunicación a TERPEL en la que señala que en virtud de ciertas compras que realizó, se le adeuda una bonificación, reconociendo con ello que el contrato de concesión y distribución todavía se encuentra vigente.

13. En respuesta a la carta señalada en el hecho 11, TERPEL dio respuesta el 18 de septiembre de 2012, en el que le informa al

demandado que no tiene derecho al incentivo que reclama, puesto que de acuerdo con la cláusula 13.15 del contrato de concesión y distribución, el demandado solo se hará acreedor a tal incentivo siempre que esté cumpliendo con la totalidad de las obligaciones estipuladas en el contrato, lo que, obviamente, no estaba ocurriendo para ese momento.

14. En respuesta a la carta señalada en el hecho 10, TERPEL envió una comunicación el 18 de septiembre de 2012, en la que sostuvo: a) que el pacto de preferencia en nada tiene que ver con el término de duración del contrato; b) que tal pacto no ha empezado a surtir sus efectos por cuanto el contrato de concesión y distribución todavía se encuentra vigente; c) que TERPEL no ha incumplido sus obligaciones; d) que en su momento el demandado manifestó sentirse satisfecho con el servicio que había venido prestando TERPEL, y; e) que se encontraba incumpliendo el contrato vigente entre las partes.

15. En respuesta a la carta señalada en el hecho 13, el demandado, por medio de su apoderada, envió un escrito a TERPEL en el que reitera que el contrato fue terminado unilateralmente mediante su comunicación del 25 de mayo de 2012 y que el pacto preferencia se había extinguido accesoriamente; que las "explicaciones" de TERPEL sobre sus incumplimientos no le resultaban satisfactorias; y que, por tanto, procedió conforme a derecho al terminar el contrato e inscribir un nuevo contrato con otro mayorista.

16. El 24 de enero de 2013, nuestra mandante presentó solicitud de medidas cautelares ante la Superintendencia de Industria y Comercio, en funciones jurisdiccionales, en contra de PETRÓLEOS DEL MILENIO CI SAS –PETROMIL- por, entre otros actos, haber inducido al demandado a la ruptura de sus obligaciones contractuales con TERPEL.

17. El 29 de enero de 2013 nuestra mandante fue notificada del Auto núm. 1286 mediante el que, el Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, tras concluir que "para el mes de junio del año 2012 existía un vínculo contractual entre TERPEL y el señor JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA, en virtud del cual aquella compañía se encargaba del suministro, a favor del señor ZAPATA, del combustible líquido que este distribuía en las EDS de su propiedad, denominadas "Serviez" y "El Corán", decretó medidas cautelares contra PETROMIL, por la presunta incursión de los actos de competencia desleal de inducción a la ruptura contractual y violación de normas".

18. El 1 de febrero de 2013, TERPEL y el demandado en este proceso, se reunieron con el propósito de buscar un acuerdo conciliatorio o transaccional, sin que tales acercamientos hayan dado fruto.

19. El 12 de abril de 2013, nuestra mandante procedió a presentar demanda por competencia desleal contra PETROMIL, por, entre otros hechos, haber inducido al demandado a la ruptura de sus obligaciones contractuales con TERPEL. La demanda fue posteriormente reformada, y admitida. El 20 de junio de 2014, la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de facultades jurisdiccionales, en audiencia pública oral, dictó sentencia en la que declaró que PETROMIL había incurrido en inducción a la ruptura contractual y violación de normas, en relación con varios minoristas de combustible, entre ellos, el aquí demandado. La entidad ordenó el cese de las conductas infractoras del régimen de competencia desleal y el pago de una indemnización por parte de PETROMIL a TERPEL de COP 4.250'000.000. La sentencia fue apelada por PETROMIL y por TERPEL (por esta última parcialmente) y fue remitida al Tribunal Superior de Bogotá para que las partes sustentaran el recurso de conformidad con el artículo 434 C.P.C como corresponde el próximo 28 de enero de 2015.

20. A la fecha de hoy, y pese a las medidas cautelares dictadas por la Superintendencia de Industria y Comercio contra PETROMIL y a la sentencia citada, el demandado no ha cumplido sus obligaciones contractuales con TERPEL ni se ha allanado a hacerlo.

21. Hace un par de semanas, la señora Nohora Adriana Leal Jaimes que se ha presentado como abogada del demandado en diferentes ocasiones, sin mediar comunicación con el suscrito, solicitó una cita con el Vicepresidente Comercial de TERPEL y le propuso transar (sic) las diferencias actuales mediante el cumplimiento del contrato respecto de una de las estaciones de servicio cubiertas por el contrato que aquí se discute." (folios 301 a 304 del Cuaderno Principal No. 1).

5. DURACIÓN DEL PROCESO Y TÉRMINO PARA FALLAR.

Con arreglo al artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, salvo estipulación contraria de las partes, la duración del proceso arbitral será de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, término al cual se adicionarán los días que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso.

La primera audiencia de trámite inició y culminó el 26 de mayo de 2015; el proceso se suspendió por petición de las partes entre los días 19 de septiembre de 2015 y 18 de octubre de 2015 (Acta No. 16 Folio 1 al 36. Cuaderno Principal No. 2). Por lo tanto, el Tribunal está en término para decidir la controversia.

CAPÍTULO SEGUNDO: CONSIDERACIONES

Para decidir, el Tribunal se ocupará de los siguientes temas:

1. LA TACHA DE SOSPECHA DEL TESTIGO JORGE LUDWING LOZANO JAIMES.

Se refiere el Tribunal a este punto, antes de realizar las consideraciones de fondo correspondientes al caso concreto.

1.- La parte Convocante formuló tacha de sospecha al testigo JORGE LUDWING LOZANO JAIMES, la cual sustenta en que de manera idéntica existen procesos judiciales pendientes de resolver entre PETROMIL, sociedad de la cual es representante legal y que también es distribuidor mayorista en el mercado de derivados de Petróleo, tratándose también de una sociedad que tiene vínculos comerciales con la parte Convocada.

2.- El artículo 217 del Código de Procedimiento Civil, establece que son *"sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas"*.

En lo relativo a los testigos sospechosos, se ha considerado que, en estricto sentido, no es que su testimonio no se pueda practicar o apreciar y que, en tal virtud, se prescinda de este. Lo procedente, en efecto, es que dichas circunstancias impongan al juzgador un cuidado específico al momento de realizar su correspondiente valoración, para así poder precisar su fuerza, contenido, validez y convicción de un modo más estricto, amén de severo, pero sin restarle, *per se*, toda eficacia en forma preliminar o *a priori*.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

339

Sobre este punto, la Corte Suprema Justicia en Sentencia del 12 de febrero de 1980, defiende al juzgador la valoración de las circunstancias correspondientes, apreciando para ello el testimonio practicado con mayor severidad:

"cuando existe un motivo de sospecha respecto del testigo, se pone en duda, que esté diciendo la verdad al declarar; se desconfía de su relato o de que sus respuestas corresponden a la realidad de lo que ocurrió; se supone que en él pesa más su propio interés en determinado sentido que prestar su colaboración a la justicia para esclarecer los hechos debatidos", en forma que el "valor probatorio de toda declaración de un testigo sospechoso de antemano se halla contrarrestado por la suposición de que sus afirmaciones sean no verídicas y por consiguiente, por sí solas, jamás pueden producir certeza en el juez".

3.- De conformidad con lo anterior, frente a testigos sospechosos, el juez debe recibir la declaración, considerar las causas en que se funda para determinar el grado de convicción del testimonio, entre otros aspectos, y, valorarlo "de acuerdo con las circunstancias de cada caso" (Artículo 218 Código de Procedimiento Civil), para establecer si la ocurrencia de alguna de las razones previstas en la ley, como es el caso del parentesco, la dependencia, el interés y las relaciones con las partes o sus apoderados, realmente afectan la credibilidad o veracidad del testigo.

4.- Debe tenerse en cuenta que dicha apreciación considerando las circunstancias planteadas, no significa que automáticamente pueda predicarse la existencia de alguna de las causas normativas en el testigo que conlleve a desestimar su credibilidad.

Encuentra entonces el Tribunal que las relaciones entre el testigo tachado de sospechoso con las partes, de suyo no desestiman el valor de su testimonio; de serlo así, ningún testigo podría tener relación alguna con las partes tal como normalmente ocurre en el desarrollo de cualquier proceso.

Ahora bien, respecto del testigo tachado de sospechoso, una vez realizada la correspondiente valoración de su testimonio, y siguiendo la ley y la jurisprudencia, no considera el Tribunal que el señor JORGE LUDWING LOZANO JAIMES, por el hecho de ser representante legal de la sociedad Petromil, ni porque esta sociedad tenga o haya tenido vínculos contractuales y/o comerciales con el acá convocado, Sr. ZAPATA, ni porque PETROMIL haya

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

340

tenido litigios y/o controversias con la Convocante, hubiere faltado a la verdad o que en sus respuestas hubiera sido determinante su interés propio.

No aprecia el Tribunal en el presente caso ninguna de las razones llamadas, en concreto, a poner en duda la certeza de su dicho, motivo por el cual se procederá a denegar la tacha de sospecha presentada.

2. EL CONTRATO CELEBRADO-NATURALEZA JURÍDICA.

El día 1º de julio de 2010, ORGANIZACIÓN TERPEL S.A. y el señor JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA suscribieron un contrato que denominaron de "Concesión y Distribución" cuyo objeto se consagró en la cláusula 2.1, los siguientes términos:

"Objeto. El objeto de este Contrato es: (i) el suministro del Volumen Mínimo de Combustibles y la cantidades a requerimiento de los Otros Productos; (ii) la distribución mediante el sistema de reventa como distribuidor minorista, a través de la EDS, en nombre y por cuenta del Concesionario, de los Productos suministrado por Terpel; (iii) la Operación de la EDS; (iv) el otorgamiento al Concesionario de la facultad de uso de las Marcas; y (v) el otorgamiento al Concesionario del derecho de uso, a título de comodato precario, de los Equipos en Comodato."

Por su parte, la cláusula 2.2 precisa la naturaleza del contrato así:

"Naturaleza del Contrato. Las partes entienden y declaran que la relación que se deriva del presente Contrato es de concesión y distribución mercantil y por lo tanto, por virtud de éste no se genera una relación laboral entre Terpel y el Concesionario, ni se constituye un negocio de mandato con o sin representación ni de agenciamiento comercial de hecho o de derecho."

No obstante la anterior estipulación de por sí clara e inequívoca, el Convocado en sus alegatos esgrimió la existencia de un contrato de agencia comercial entre

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

341

las partes. Por esta razón, procede el Tribunal a examinar la naturaleza jurídica del acuerdo celebrado.

A pesar de su definición y reglamentación por el Código de Comercio (artículos 1317- 1331), la caracterización de la agencia comercial ha sido objeto de largas controversias en la doctrina y la jurisprudencia colombiana, particularmente por su similitud con otros negocios mercantiles de intermediación, que a la vez son de colaboración, como el suministro, la concesión comercial, la distribución y la franquicia, estos tres últimos atípicos pero empleados con frecuencia como instrumentos jurídicos que hacen posible la movilización de bienes en las cadenas de comercialización.

El artículo 1317 del C. de Co. define la agencia en los siguientes términos:

"Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.

La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente."

La doctrina¹ considera que son elementos esenciales del contrato, los siguientes:

- a) La independencia del agente;
- b) La estabilidad del agente;
- c) El encargo de promover o explotar negocios del empresario;
- d) La actuación del agente por cuenta del empresario, y
- e) La remuneración a favor del agente y a cargo del empresario.

¹ GIRALDO, Carlos Julio. La agencia comercial en el derecho colombiano. En: Revista de Derecho Privado de la https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri449.pdf

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

342

Estos requisitos deben aparecer en forma inequívoca y concurrente² para que se configure la relación de agencia. En cuanto a los dos primeros requisitos, a saber, la independencia y la estabilidad, ellos no son exclusivos del contrato que se examina, puesto que en otros negocios como la franquicia y la concesión las partes no se encuentran vinculadas por lazos de dependencia o subordinación, sino que cada una es titular de una empresa que ha organizado y dirige con autonomía³. En cuanto a la estabilidad, es evidente que para crear y consolidar una red de distribución, se requiere que la relación tenga vocación de permanencia en el tiempo y por ello este tipo de acuerdos se caracterizan por ser "de duración".

En cuanto a los tres últimos requisitos, esos sí característicos de la agencia mercantil, debe precisarse que el agente actúa siempre en virtud de un encargo del empresario para la promoción de productos o servicios, es decir, lo que haga el agente beneficia en últimas al empresario en cuanto persigue ganar nueva clientela, abrir un mercado y posicionar los productos o servicios del agenciado. Si el intermediario adquiere bienes en virtud de un suministro para revenderlos o distribuirlos, no hay agencia comercial. Así lo ha señalado claramente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

"(...) la actividad de compra hecha por un comerciante a un empresario que le suministra el producto a fin de que aquel lo adquiera y posteriormente lo distribuya o lo revenda, a pesar de que esta actividad sea reiterada, continua y permanente, y que se encuentre ayudada de la ordinaria publicidad y clientela que requiere la misma reventa, no constituye ni reviste por sí sola la celebración o existencia de un contrato o relación de agencia comercial entre ellos. Simplemente representa un suministro de venta de un producto al por mayor de un empresario al comerciante, que este, previas las diligencias necesarias, posteriormente revende no por cuenta ajena sino por cuenta propia; actividad que no puede calificarse ni deducirse que se trata de una agencia comercial (...). De acuerdo con el régimen legal vigente, el simple, suministro de un

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 4 de abril de 2008, exp. 1998-00171-01.

³ En el caso de la agencia, véase el fallo de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 15 de diciembre de 2006, exp. 1992-09211-01.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

343

producto para la reventa aun adicionado con otras condiciones no genera un contrato de agencia”⁴

En ese mismo orden de ideas, “[e]l agente comercial, (...) actúa buscando negocios para su empresario, para lo cual le proporciona permanentemente clientela; obra pues, en beneficio del empresario y no en el suyo propio”.⁵

Por último, la remuneración al agente mediante comisiones, porcentajes u otros conceptos retribuye sus esfuerzos para la promoción del negocio del agenciado. No es una contraprestación cualquiera, sino una que de manera específica premia la diligente labor comercial del agente que ha redundado en provecho del empresario que ha contado con la colaboración eficaz de aquel para ensanchar su negocio.

El tratadista JAIME ARRUBLA señala al respecto que en el contrato de agencia son imprescindibles la promoción o explotación de un negocio por encargo del empresario, actividades a las que pueden sumarse las de fabricación, distribución, entre otras, para comprender tanto labores materiales como actos jurídicos que redundan en beneficio de quien le confía el encargo, es decir, actúa por cuenta ajena.⁶

Por su parte, el contrato de concesión es una figura contractual atípica que comparte algunas similitudes con otros negocios de colaboración empresarial, cuya función económica es también poner en contacto la oferta y la demanda en el mercado. No obstante, la agencia comercial y la concesión mercantil tienen elementos esenciales y características claramente diferenciados.

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de octubre de 1995. Exp. 4701. M.P.: Pedro Lafont Pianetta.

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia del 2 de diciembre de 1980. M.P. Germán Giraldo Zuluaga. Sobre las características particulares de la agencia comercial, véanse también sentencias de la Sala de Casación Civil de la C.S.J., de 15 de diciembre de 2006 (exp. 1992-09211-01), 24 de julio de 2012 (Exp. 110131030261998-21524-01); 23 de agosto de 2013 (exp.: 47001-3103-005-2007-00285-01); 10 de septiembre de 2013 (Exp. 1100131030222005-00333-01). Laudo arbitral de Roberto Cavellier & Cía. Ltda. vs. Flota Mercante Grancolombiana, del 1º de julio de 1992; Laudo de Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda. vs. Vecol del 19 de marzo de 1993, Laudo de Prebel S.A. vs. L’Oreal del 23 de mayo de 1997 (Cámara de Comercio de Bogotá).

⁶ Contratos comerciales. Contratos típicos. 13ª ed. Universidad Javeriana-Legis. Bogotá, 2012, págs. 226-227.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

344

Según la doctrina contemporánea, el contrato de concesión mercantil es aquel en virtud del cual *"un empresario, llamado concedente, se obliga a otorgar a otro, llamado concesionario, la distribución de sus productos o servicios o la utilización de sus marcas y licencias o sus espacios físicos, a cambio de una retribución que podrá consistir en un precio o porcentaje fijo, o en una serie de ventajas indirectas que benefician sus rendimientos y su posición en el mercado"*⁷.

Desde el punto de vista económico, la concesión mercantil es una técnica de mercadeo de los bienes fabricados o servicios prestados por una empresa, es decir, constituye una forma empleada para la comercialización de productos o servicios y a través de ella, se genera un beneficio recíproco para el concedente y el concesionario: el primero obtiene importantes ahorros en lo relativo a los gastos administrativos, de comercialización, publicidad y riesgos de colocación de los productos; por su parte, el concesionario podrá desarrollar su actividad empresarial amparado por productos y marcas acreditadas en el mercado, lo que en cierta medida facilitará el éxito de la misma.

Desde el punto de vista jurídico, las partes mantienen independencia una de la otra, sin que exista vínculo de subordinación entre ellas. No obstante, se trata de un contrato de colaboración entre empresarios, que mantienen intereses que se satisfacen mutuamente y en virtud de ello, dentro de los límites de la autodeterminación podrán establecer estrategias e instrucciones para organizar la venta de las mercaderías, productos o servicios objeto del contrato, relación que en todo caso, estará siempre caracterizada por la confianza recíproca, el deber de lealtad y de obrar de buena fe, obligando a que ninguna de ellas abuse de su situación predominante o ventajosa en la negociación o realice actuaciones que conlleven perjuicio para la otra.⁸

⁷ Arrubla P. Jaime. (2012). Contratos Mercantiles. Contratos Atípicos. 7ª Ed. Legis: Bogotá, P. 355

⁸ Puente Muñoz, Teresa. (1976) El Contrato de Concesión Mercantil. Ed. Montecorvo: Madrid. P.88

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

345

Se trata en el derecho colombiano de un contrato atípico, que no cuenta con regulación específica en cuerpo normativo alguno, y aunque algunos han tratado de asimilarlo a figuras típicas análogas, tales como el suministro, la agencia mercantil o el mandato, tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen que se trata de un negocio autónomo, con características propias, independiente de otra figuras similares, y cuyos contornos y características han sido definidas por la costumbre, las prácticas y usos del comercio y los comerciantes, obedeciendo en todo caso a la específica finalidad económica de la operación.

Es esta misma condición de contrato atípico o falta de regulación, la que abre las puertas a un amplio margen de discrecionalidad de las partes para la configuración del contenido del mismo, el cual podrá perfeccionarse con el simple acuerdo verbal, o como ocurre la mayoría de las veces, a través de un documento escrito, en el que quede consignada la voluntad de los contratantes, el cual describirá las pautas de comportamiento permitidas a cada una de ellas, las prohibiciones y en general los efectos derivados del acuerdo.

Sin embargo, esto no significa que en todos los casos los contratos de concesión resulten necesariamente de un acuerdo negociado o que su contenido sea libremente discutido por el concedente y el concesionario; por el contrario, la práctica enseña que cada vez más, el empresario – concedente - acude a contratos uniformes e incluso a formas a pre-impresas con contenidos estandarizados, frente a los cuales al concesionario, no le queda más opción que definir si adhiere o no a los mismos, generándose, a decir de la doctrina en estas circunstancias *"una unidad económica entre el concedente y todos sus concesionarios, con una directriz única en cabeza del concedente, que implica necesariamente la disposición de una convención tipo que debe imponerse a todos los contratantes"*⁹.

⁹ Guyenot, Jean Piere (1977) ¿qué es el franchising? Concesiones comerciales, Ed. Jurídicas Europa: Buenos Aires.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

346

En la concesión, denominada también "distribución exclusiva" el concesionario como empresario independiente explota un negocio propio y obra por cuenta propia, adquiriendo los bienes que le suministra el concedente, bienes que luego revende con la intención realizar una utilidad. Esta distribución debe realizarla el concesionario siguiendo ciertas políticas comerciales fijadas por el concedente.

Sin embargo, el concesionario no recibe el encargo de promover un negocio ajeno ni recibe remuneración por su labor; su beneficio económico se limita al margen que obtiene de la reventa. La concesión se acompaña generalmente de exclusividad a favor del concedente, quien además puede autorizar el uso de signos distintivos que permitan a la clientela del concesionario identificar la procedencia de las mercancías.

"El concesionario no es un agente comercial porque obra asumiendo los riesgos y peligros. Es un comerciante jurídicamente independiente que compra y revende por su propia cuenta."¹⁰

En el caso estudiado, no hay ningún elemento de convicción que lleve al Tribunal a concluir que el señor JESÚS ANTONIO ZAPATA recibió un encargo de TERPEL para obrar por cuenta de esta compañía, con el propósito de conseguir clientela para TERPEL, cuyo esfuerzo iba a ser remunerado con una comisión, porcentaje o de otra manera que fuese un reconocimiento económico a la labor emprendida por el Convocado para generar nuevos negocios en beneficio de la Convocante.

Se trata de un contrato celebrado entre profesionales, TERPEL como mayorista de combustibles y el Convocado como un distribuidor con larga experiencia en esta industria por muchos años con sus estaciones de servicio, como él mismo

¹⁰ Laudo arbitral de Supercar vs. Sofasa, del 31 de marzo de 1998. Cámara de Comercio de Bogotá.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

347

ha reconocido¹¹ y su apoderado lo expresó en sus alegatos de conclusión, lo cual excluye la existencia de una relación de consumo.

El contrato, en su texto, es claro respecto del mecanismo pactado en el objeto: distribución para la reventa, a nombre y por cuenta del concesionario, de combustible provisto por TERPEL. No hay indicio alguno de que el Convocado hubiese asumido la obligación de promover o explotar el negocio de TERPEL, por cuenta y riesgo de esta sociedad. Lo anterior se refuerza con la cláusula 5.8 del contrato en la que se establece el compromiso del Concesionario de adquirir mensualmente al menos el Volumen Mínimo de Combustibles, vigente en cada mes calendario, que se distribuyen en la EDS (i) y distribuir, depositar y revender los Productos que le venda TERPEL exclusivamente desde la EDS y en el municipio en el que se encuentre ubicada la EDS (ii).

En la ejecución práctica de las obligaciones tampoco encuentra el Tribunal los elementos constitutivos de la agencia comercial, detallados anteriormente, puesto que el señor ZAPATA se limitó a hacer pedidos de combustible para revenderlo en sus estaciones de servicio CORÁN y SERVIEZ.

Por lo expuesto, considera el Tribunal que el contrato celebrado es, en efecto, un contrato de "Concesión y Distribución" como lo denominaron las partes. Ellas mismas, mediante una estipulación que no fue cuestionada durante la vigencia del contrato ni del proceso arbitral en cuanto a su validez, excluyeron la existencia de una relación de agencia mercantil y a dicha cláusula se dará plena eficacia para los efectos de este laudo (Cláusula 2.2).

¹¹ Véase la declaración de Jesús Antonio Zapata ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

3. RESOLUCIÓN DE LAS PRETENSIONES. ANÁLISIS PROBATORIO.

Con relación a las pretensiones principales el Tribunal entra a analizar si el Convocado incumplió el contrato de concesión y distribución que celebró con TERPEL por las siguientes razones:

1. Al darlo por terminado unilateralmente sin tener tal derecho, mediante comunicación del 25 de mayo de 2012.

El señor ZAPATA sí dio por terminado en forma unilateral y anticipada el contrato, tal como consta en la copia auténtica de la comunicación dirigida a TERPEL por parte del señor JESÚS ANTONIO ZAPATA del 25 de mayo de 2012.

Ahora, ¿por ello incumplió el contrato?

En el CAPITULO XIII. VARIOS, se establece con relación a la duración del contrato lo siguiente:

"13.1 "El presente contrato tendrá hasta que el Concesionario adquiera a Terpel la cantidad de 24.000.000 (veinticuatro millones de galones) para su comercialización en la EDS partir del 1 de enero de 2.011, estimado en un tiempo de 5 años. Si treinta (30) días antes de cumplirse el término de cinco (5) años el Concesionario no ha adquirido el volumen requerido, el contrato se prorrogará por el tiempo que acuerden las partes, debiendo en todo caso el Concesionario debe adquirir de Terpel la totalidad del volumen requerido para su comercialización en la EDS" (sic).

Es claro entonces que el señor ZAPATA no cumplió con el término de duración establecido en el contrato, al darlo por terminado en forma unilateral y anticipada con relación al término de duración antes estipulado.

Respecto a las CAUSALES DE TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO, nos remitimos al CAPITULO XI CAUSALES DE TERMINACION.

De acuerdo a la cláusula 11.2 que regula la "Terminación Anticipada", solo puede darlo por terminado, valga la redundancia, anticipadamente TERPEL, entre otras, por incumplimiento del Concesionario o a su simple discreción dando aviso por escrito a éste con 15 días calendario previo a su

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

349

terminación. Se entiende que el contrato ha terminado unilateralmente a los 30 días calendario siguientes a la fecha en que TERPEL notifique por escrito al Concesionario su decisión de darlo por terminado.

No obstante estas cláusulas pactadas única y exclusivamente a favor de TERPEL, de acuerdo con la ley, la condición resolutoria va implícita en todos los contratos bilaterales de acuerdo con los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, tal como lo expone el apoderado del Convocado en sus alegatos de conclusión. Por lo que procede el Tribunal a analizar la conducta de Terpel conforme a las pruebas oportunamente aportadas y/o practicadas. Pero antes, analizará los otros hechos que presenta el Convocante como constitutivos de incumplimiento del contrato, por parte del señor ZAPATA, como son:

2. Dejar de adquirir combustible de TERPEL a partir del 24 de mayo de 2012.

Nuevamente nos referimos al "Contrato de Concesión y distribución de combustible".

"5.8 – Obligaciones del Concesionario con respecto a la distribución mediante el sistema de reventa de los productos: en adición a las obligaciones a cargo del Concesionario contenidas en el presente capítulo, éste se compromete a: (i) Adquirir mensualmente de Terpel al menos el volumen mínimo de combustibles vigente en cada mes calendario que se distribuyen en las EDS. (ii) Abstenerse de vender, distribuir a los consumidores en a través de la EDS productos o combustibles diferentes a los obtenidos de Terpel. (iii) Revisar al momento de la entrega las condiciones y pureza de los productos suministrados e informar inmediatamente de las fallas encontradas con el fin de aplicar los correctivos pertinentes de inmediato." (subrayado del Tribunal).

Hecho éste que queda corroborado con los siguientes documentos aportados como prueba documental por el Convocante, que evidencian hasta cuándo facturó Terpel al señor ZAPATA por concepto de la venta de combustible líquido efectuada por aquel:

Copia auténtica de las últimas facturas emitidas por TERPEL al señor JESÚS ANTONIO ZAPATA, así:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

350

- Facturas de venta expedidas por Organización Terpel SA a Zapata Valencia Jesús Antonio, de fecha 17, 19, 22 y 24 de mayo de 2012 correspondientes a la EDS CORAN.
- Facturas de venta expedidas por Organización Terpel SA a Zapata Valencia Jesús Antonio, de fecha 18 y 23 de mayo de 2012 correspondientes a la EDS SERVIEZ.

-Copia auténtica de certificación del revisor fiscal de TERPEL (Iván F. Guzmán M. – Revisor fiscal de la empresa PRICEWATERHOUSECOOPERS LTDA.) con anexo 1 y 2, en la que acredita la venta de combustible líquido efectuada por TERPEL al señor JESÚS ANTONIO ZAPATA, durante el periodo de tiempo comprendido entre el 1 de julio del año 2010 y el 31 de mayo de 2012 en las estaciones de servicio "EL CORÁN" y "SERVIEZ".

No obra a folios ninguna manifestación con relación a las mismas por parte del Convocado.

3. Distribuir y comercializar a través de sus estaciones de servicio productos o combustibles adquiridos de terceros, a partir de mayo de 2012.

En el CAPITULO VI DE LA OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LA EDS, se estipuló, entre otras lo siguiente:

"6.4- Exclusividad. El Concesionario deberá abstenerse de vender o distribuir a los Consumidores, combustibles diferentes a los obtenidos de Terpel en virtud del presente contrato. Se entenderá que el Concesionario ha incumplido con lo aquí dispuesto al momento en que haya adquirido los productos y/o combustibles de la competencia o de terceros." (subrayado del Tribunal).

Obra a folios copia del "Contrato de Suministro de Combustibles a ZAPATA VALENCIA JESÚS ANTONIO en Estación de Servicio Servicentro Serviez y Estación de Servicio y Parador Coran."

Resulta interesante aunque no es el tema de esta controversia, leer el objeto del mencionado contrato, entre otras cosas, para determinar que en esta industria se usan términos de contratación similares entre los Distribuidores Mayoristas, llámese TERPEL, PETROMIL u otro por una parte, y por la otra, CLIENTE, CONCESIONARIO, etc...

TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.

351

El objeto de este contrato entre Petromil y el cliente es: "SEGUNDO. OBJETO: Es objeto del presente contrato, (a) por parte de PETROMIL, consiste en suministrar a título de venta al CLIENTE durante la vigencia de éste contrato, un volumen total equivalente a VEINTICUATRO MILLONES (24.000.000) DE GALONES de producto, los cuales revenderá o comercializará a Consumidores finales en la Estación de Servicio y (b) y por parte de EL CLIENTE comprar exclusivamente a PETROMIL todo el producto que venda o distribuya a Consumidores finales en la EDS o SS, durante la vigencia de éste contrato hasta comprar a PETROMIL un volumen total equivalente a VEINTICUATRO MILLONES (24.000.000) DE GALONES de producto".

Pero lo relevante para esta controversia es que **dicho contrato se firmó a los veintitrés (23) días del mes de marzo del año 2012**, en la ciudad de Cartagena de Indias D.T. y C., por el Sr. JORGE LUDWING LOZANO JAIMES, con C.C. No. 13'818.305 de Bucaramanga (Santander), en su calidad de Representante Legal de C.I. PETROMIL S.A.S. con Nit. 819.001.667-8 .

El 27 de marzo de 2012, PETROMIL envía a JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA dos juegos del contrato para su firma y un pagaré en blanco con carta de instrucciones.

Llama la atención del Tribunal lo siguiente: A folio 520 del Cuaderno de Pruebas No. 1, en hoja membreada de Petromil en la parte de arriba a la derecha, refiriéndose a este contrato se indica: "Fecha última revisión 10 de enero de 2012", de donde se puede deducir que al menos desde esta fecha ya estaban acordados los términos del mismo.

De esta forma queda probado que se incumplió la obligación de exclusividad que había adquirido el señor ZAPATA para con TERPEL, al celebrar un contrato con objeto similar con otro distribuidor mayorista que entraba en vigencia, de acuerdo con el punto 5º del contrato con PETROMIL, a partir de la compra del primer galón de combustible.

Hechos todos estos (los mencionados en los numerales 1, 2 y 3 anteriores) corroborados con el testimonio rendido por el señor JESÚS ANTONIO ZAPATA ante la Superintendencia de Industria y Comercio en el proceso

TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.

352

núm.13-013416 que se adelantó ante esa entidad por parte de ORGANIZACIÓN TERPEL S.A. contra PETROLEOS DEL MILENIO C.I. S.A.S. Prueba que también aportó el testigo SR. JORGE LUDWING LOZANO JAIMES, en audiencia de fecha 24 de agosto de 2015.

Se extractan del testimonio, las siguientes declaraciones del señor ZAPATA, las cuales llaman la atención del Tribunal al considerarse relevante, entre otras pruebas, para esclarecer la verdad en lo que se refiere a la presente controversia y que merece una mención especial como se verá luego de leer los siguientes apartes:

"... yo le debía una plata a Terpel yo tengo una hipoteca doctor con Terpel... a mí me devolvieron unos cheques pero los cheques yo los pagaba de una vez..."

"... en enero me suspendieron el combustible, me lo quitaron como tanto a Serviez y como tanto a Corán me quitaron los dos no me despachaban para ningún lado"

*" ... en enero de 2012 me suspendieron el combustible porque yo debía esa plata... ya llevábamos nosotros 15-20 días sin combustible acá yo estaba loco..., el señor Gutiérrez dijo doña Silvia lo que dijo fue que nosotros le vamos a vender pero de contado... pero no ellos se cerraron en la bandera y no me ayudaron... y ya no pude porque es que yo les estaba era pagando y me quede sin el capital que yo me había conseguido... yo le dije que yo no podía más yo no seguía más así entonces cuando llegó el banco el occidente purrrú le giró los novecientos y pico de millones y todavía no me despachaban, entonces que me toco hacer doctor a lo último me dijeron les despachamos pero de contado ya pagando nosotros teníamos una platica y empezamos a comprar de contado porque nos tocaba ya para seguir abriendo las estaciones ... Pedía el viaje y lo pagaba al otro día de una vez, **entonces que paso yo me fui para el Ministerio porque yo no aguante más el maltrato, me fui para el Ministerio conseguí unos amigos que tengo porque uno todo mundo tenemos amistades y les comenté el caso que como hacía yo para retirarme de Terpel si yo necesitaba algún paz y salvo para pasarse para otra entidad lo interesante es que usted no le deba a TERPEL ni a MOBIL ni a nadie que usted esté limpio no deba y ahí sí se puede hacer lo que usted quiera, ah listo pase mis papeles conseguí fui a PETROMIL... hablé con Fernando Ardila le dije doctor me pasa esto y esto , usted me puede dar un contrato que yo me responsabilizo en el problema porque yo tengo esto y le mostré todo el caso... me dijo listo hagamos el contrato y le hice el contrato me lo hizo ese día rapidito tan, tna lo fime (...) me fui para el Ministerio***

otra vez yo mismo entre pase todos los papeles al ministerio, todo cámaras de comercio todo lo que tocaba llevar a los ocho días el ministerio me sacó de una vez el aval ¿ si me entiende? Y yo le compre un poco de combustible a Terpel para durar ocho días ... entonces compré allá y compre acá... mientras que ya cuando el ministerio me dio a mí el papel el aval me fui para, para el para allá para la vaina de hidrocarburos lo de como es SICOM me fui para SICOM y el comente el caso a la muchacha de ahí de SICOM mire necesito este tengo este problema necesito esto urgente haber si usted me ayuda para yo poder comprarle a PETROMIL porque tengo un problema con TERPEL ...dijo listo en tres días le entrego eso sagradamente en tres días tenía el papel ya , ya estaba en SICOM metido yo, cuando yo ya estaba metido en SICOM que hice doctor , pues todas mis estaciones en bandera blanca todas las pinte de bandera blanca porque yo no empecé a vender un galón de TERPEL ni con la marca de TERPEL ni con la marca de PETROMIL con mi bandera blanca el letrado lo bajé, le puse una lana negra donde TERPEL murió conmigo y allá en SERVIEZ también lo mismo mientras yo bajaba esas torres yo me demoré en bajar esas torres diez días y ya en las estaciones en un día las dos estaciones en un día apenas me salió lo de SICOM en un día quite todo lo de TERPEL...
Cuando yo hice una liquidación cuando yo ya terminaba con TERPEL cogimos un abogado y el contador hicimos una liquidación cuanto le había comprado yo a TERPEL desde que hice el contrato en julio del 2010 hasta enero de 2012 cuanto combustible le compre, entonces yo desconté eso y le devolví a TERPEL cuatrocientos cinco millones que PETROMIL me los prestó no me los ha regalado son prestados mientras yo hacía y la negociación de ellos para ver que planta me iban a dar....
... que me mate mi Dios pero a mi PETROMIL no me busco yo fui el que porque me sentía me sentí mal con TERPEL haberme cerrado las puestas usted sabe lo que son veinte pico de días sin combustible en las estaciones Doctor...
...yo estuve en el Ministerio y me asesore porque uno tiene que asesorarse para uno no embarrarla el ministerio me dijo esas palabras usted puede pasarse para donde le de la gana porque esto aquí no necesita paz y salvo ... me dijo lo único que usted tiene que estar es que no le van a da la entidad y ya verá ustedes que hacen eso es problema ya de cada uno entonces yo le expliqué mi historia que yo tenía mis estaciones cerradas, todo lo explique a un duro allá del ministerio me lo prestaron y yo me fui afuera a una cafetería y le explique todo entonces a señor y me dijo eso no don Jesús hágale usted no necesita paz y salvo y yo que hice me fui a buscar a PETROMIL ... yo les dije háganme el contrato porque yo tengo unas relaciones muy

buenas con el señor Jorge Lozano que era el presidente de Ecopetrol en Barrancabermeja el gerente de Ecopetrolel ingeniero conmigo es una relación la verraquera cuando él estaba en Ecopetrol nos ayudaba mucho a nosotros entonces por eso hice hacer el contrato y yo mismo lo lleve...

... yo primero fui al ministerio porque yo necesitaba salirme dije yo a mí me importa que me toca traer el combustible donde sea yo no lo puedo traer de Bogotá porque me sale más caro pero tengo que buscar hacia abajo....

.. yo dure más de cinco meses con bandera blanca ahí si les autorice que vinieran y pusieran las banderas como tanto en Serviez y Corán pero no tenía nada de Terpel es que digo ni un galón de pintura venga le muestro doctor con el perdón ..

... esta foto es del 2003, cuatro..." (Subrayado y resaltado del Tribunal)

Al preguntarle la SIC cómo fue esa negociación, responde ZAPATA:

"(...) no negociación con ellos fue cuando yo empecé con ellos yo primero hice el contrato porque yo me veía muy mal con TERPEL sobre los problemas que tuvimos... sí a mi me habían devuelto cheques, yo le debía una plata, todo eso entonces yo que hice pues como le comente yo fui al ministerio hice mi vuelta y cuadre y después de que ya empecé a traer la marca de Petromil ahí si si fue cuando ya hicimos el negocio, en el contrato ya está el negocio sí, todo como fue el negocio cuanto me están dando, cuanto me dan de margen por galón que fue mejor que TERPEL mejor todavía.

...le dije a PETROMIL deme cuatrocientos cinco millones, hagan el cheque a nombre mío y endózenselo a Terpel y así fue por ahí está la consignación...

Yo empecé a comprarle a PETROMIL porque TERPEL me suspendió los combustibles y eso se llama terminación de contrato cuando le suspenden a no porque yo tengo una cartera y la estoy mostrando y tengo una hipoteca por qué , sabiendo que tengo la hipoteca como lo dicen varias es que las entidades dicen pero es que usted tiene una hipoteca si usted no hubiera tenido hipoteca usted esta robándole una plata a TERPEL le va a robar una plata a TERPEL pero es que usted tiene una hipoteca y TERPEL podía haberle solucionado todo lo que le rogué yo y no me quisieron solucionar y les dije ustedes me deben esa plata, les voy me le voy con terminación de contrato a ustedes es por el problema del combustible malo con eso no más tengo yo con eso no más..." (Subrayado y destacado del Tribunal).

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

355

A una pregunta del apoderado de PETROMIL con relación a los colores de las estaciones, responde ZAPATA:

*" yo le voy a comentar doctor con la pregunta que usted me está haciendo muy buena póngale cuidado yo conozco estaciones de servicio que le compraban combustible a TERPEL teniendo contratos con otras entidades y me las voy a conseguir y se las voy a anexar"
"... porque yo termine el contrato prácticamente con Terpel por el problema del combustible y por que dejaron de suministrarme combustible teniendo yo hipoteca".*

De todo lo anterior queda demostrada por expresa declaración del Convocado, que éste terminó el contrato vigente con TERPEL, sin tener en cuenta lo que habían acordado contractualmente; el único interés del señor ZAPATA era que el Ministerio le diera su aval o conformidad de que lo podía dar por terminado sin tener paz y salvo, conseguir el otro contrato con un tercero y quedar inscrito en el SICOM. Además manifiesta que compró combustible aquí y allá, refiriéndose a Terpel y al tercero.

Expresa inconformidades en su relación con Terpel atribuyéndolas a esta última y dando a entender que por esas razones quiso terminar el contrato, hechos que luego se analizarán al examinar el comportamiento de Terpel.

Para finalizar, queda por analizar el último hecho que argumenta el Convocante como soporte de la pretensión principal referida al incumplimiento del contrato por parte del Convocado, así:

4.- Distribuir y comercializar a través de sus estaciones de servicio productos o combustibles adquiridos de terceros, a partir de mayo de 2012, haciendo uso de los signos distintivos de TERPEL, hasta diciembre de 2012 en el caso de la estación de servicio CORAN y hasta enero de 2013 en el caso de la estación de servicio SERVIEZ.

En el Anexo 4 del contrato, se establecieron las obligaciones del Concesionario en relación con las marcas y derechos de propiedad industrial de TERPEL, determinándose lo siguiente, entre otras:

"d) Usar las marcas de Terpel única y exclusivamente para los fines previstos en el objeto del presente contrato".

En este punto es importante tener en cuenta que en el contrato también se estipuló:

"1.1. El derecho al uso de las marcas para los únicos efectos de identificar los productos dentro del alcance del contrato y en interés exclusivo de Terpel y dicho uso es precario no concede la calidad de titular ni de licenciatario de las marcas. La autorización es temporal, durante la vigencia del contrato o sus prorrogas".

Además en el numeral 4.4.3. se limitó el uso de las marcas al Concesionario.

El testigo JORGE LUDWING LOZANO JAIMES aportó una grabación de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá al resolver el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia proferida dentro del proceso de competencia desleal iniciado por Terpel contra Petromil. Llama la atención del Tribunal Arbitral la siguiente afirmación hecha por el Honorable Tribunal:

"Las fotografías solo acreditan que unas estaciones de servicio allí fotografiadas valga la redundancia tenían el símbolo de Terpel pero además esos documentos bajo el prisma del artículo 280 del Código de Procedimiento Civil carecen de fecha cierta como para decir, en qué momento fueron tomadas, en qué momento una bomba estaba con un emblema o con el otro y sólo puede tenerse como tal su aportación al proceso según la norma citada".

Aceptó además el Tribunal Superior de Bogotá por encontrarlo probado, que Terpel no retiró oportunamente sus banderas de las EDS de propiedad del Convocado.

Adicionalmente de la declaración del señor ZAPATA antes citada y de la cual se extractaron ciertos apartes, él insiste que *"todas mis estaciones en bandera blanca todas las pinte de bandera blanca porque yo no empecé a vender un galón de TERPEL ni con la marca de TERPEL ni con la marca de PETROMIL con mi bandera blanca el letrero lo bajé, le puse una lana negra donde TERPEL murió conmigo y allá en SERVIEZ también lo mismo mientras yo bajaba esas torres yo me demoré en bajar esas torres diez días y ya en las estaciones en un día las dos estaciones en un día apenas me salió lo de SICOM en un día quite todo lo de TERPEL..."*. Adicionalmente en otro aparte manifiesta: *".. yo dure*

TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.

357

más de cinco meses con bandera blanca ahí si les autorice que vinieran y pusieran las banderas como tanto en Serviez y Corán pero no tenía nada de Terpel es que digo ni un galón de pintura venga le muestro doctor con el perdón esta foto es del 2003, cuatro”.

El señor ZAPATA no compareció a rendir interrogatorio de parte dentro del presente tramite arbitral, ni justificó su ausencia conforme lo establece la ley, habiendo reconocido haber sido citado y por ende, ciertos hechos fueron susceptibles de confesión, entre ellos el relacionado con las banderas, en los siguientes términos, todo de acuerdo a la siguiente pregunta del interrogatorio presentada por el Convocante que se aceptó como hecho susceptible de confesión: ***“Diga cómo es cierto sí o no y yo digo que es cierto, que el 29 de mayo de 2012 usted desmontó las banderas de ORGANIZACIÓN TERPEL S.A. de su EDS “ESTACIÓN DE SERVICIO Y PARADOR CORÁN”. No obstante, si se revisa la fecha antes citada, lo que quedó confeso fue que las banderas se desmontaron, sin embargo la fecha mencionada no demuestra incumplimiento alguno.***

Adicionalmente el testigo Sr. JORGE LUDWING LOZANO JAIMES al ser preguntado por uno de los árbitros sobre este hecho en concreto en los siguientes términos: *“... recuerda cuándo se levantaron las banderas de Terpel en las estaciones de servicio?, responde: “ No señora, lo único que sé es que, volviendo a la sentencia, la sentencia contra las banderas, si me permiten les puedo leer lo que dice en cuanto a las banderas, en un punto que van a encontrar ahí dice Zapata Valencia que es otro de los minoristas de los 4..., dijo en su declaración que cuando empezó a distribuir el combustible de Petromil ya no tenía nada de la demandante”.*

Con base en todas las anteriores pruebas, el Tribunal arbitral da por no probado el hecho de que se hayan usado los signos distintivos de TERPEL en sus estaciones de servicio al comercializar productos o combustibles adquiridos de terceros, a partir de las fechas indicadas por el Convocante para cada una de las estaciones de servicio, a saber CORAN y SERVIEZ.

Ahora entra a analizar el Tribunal la controversia desatada con relación al cumplimiento o no de las obligaciones a cargo de Terpel en virtud del contrato de concesión y distribución celebrado con el señor ZAPATA y para tal fin se

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

358

examinará la actuación del señor JESUS ANTONIO ZAPATA VALENCIA y de la ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.

Para este análisis, necesariamente debemos acudir a las siguientes pruebas documentales aportadas oportunamente por el Convocante, así como aquellas legalmente decretadas y practicadas y las aportadas por el testigo JORGE LUDWING LOZANO JAIMES en la audiencia que se llevó a cabo el 24 de agosto de 2015, así:

El Convocante aportó dentro de la oportunidad legal copia de los siguientes documentos:

1. - Copia auténtica de comunicación dirigida a TERPEL por parte del señor JESÚS ANTONIO ZAPATA el 10 de febrero de 2012.

Deja el señor Zapata claro en este documento lo siguiente:

- La existencia para esa fecha de una deuda a cargo del señor ZAPATA y a favor de TERPEL, por concepto de cheques devueltos por pago de combustibles.
- Su intención de proponer un acuerdo de pago por la deuda que tenía con TERPEL.
- Que hasta ese momento el señor ZAPATA y TERPEL habían tenido unos buenos términos comerciales a lo largo de la relación contractual.
- Ofrecía como parte de la propuesta mantener un consumo y pagarlo de contado para las dos estaciones.
- No acepta las sanciones por los cheques devueltos y califica de ilegal su cobro argumentando que solo las puede imponer un Juez de la República y está dispuesto a asumir solo los intereses de mora.
- Se fija un plazo de 1 mes para el pago del compromiso o de la deuda, contado a partir del 13 de febrero de 2012 hasta el 13 de marzo de 2012.
- Para seguir cumpliendo el contrato y el compromiso de pago que adquiere, solicita se le paguen los fletes y los incentivos que se le deben a esa fecha.
- Finalmente, reconoce la gran ayuda que le ha prestado TERPEL en los momentos difíciles que ha pasado.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

389

Queda desvirtuado el argumento del abogado del señor ZAPATA en su escrito de alegatos de conclusión (folio 46 Cuaderno. Principal No. 2), en el sentido que TERPEL modificó unilateralmente las condiciones de pago; se lee en la comunicación que fue el mismo señor ZAPATA quien ofreció pagar de contado, dado el incumplimiento de pago en que estaba incurriendo. También aparecen ya superadas todas las diferencias que pudieron haberse presentado en el pasado y que argumenta el apoderado del señor ZAPATA en el mismo escrito citado, para hacer notar un incumplimiento por parte de TERPEL. Nótese que manifiesta que hasta ese momento el señor ZAPATA y TERPEL habían tenido unos buenos términos comerciales a lo largo de la relación contractual y adicionalmente reconoce la gran ayuda que le ha prestado TERPEL en los momentos difíciles que ha pasado.

2.- Copia auténtica de comunicación dirigida a TERPEL por parte del señor JESÚS ANTONIO ZAPATA del 25 de mayo de 2012 quien la suscribió.

Con este documento se evidencia:

- La terminación unilateral y anticipada del contrato.
- La intención del señor ZAPATA de pagar la multa estipulada en el contrato para esta clase de eventos.
- Las razones por las cuales el SEÑOR ZAPATA da por terminado el contrato, alegando que Terpel no cumplió parte de lo pactado en el mismo, entre otras porque le suministró combustible contaminado y hace referencia a los faltantes en la Plaza Lizama.
- Coincide con el Convocante con relación al monto que se consignó a favor de TERPEL por la suma de \$405.000.000, correspondiente según el Sr. ZAPATA a la devolución del capital de trabajo *"ajustado a la inflación correspondiente"*.
- Y finalmente, en cuanto al compromiso en volumen pactado y el volumen consumido hasta el 6 de mayo de 2012, solicita se revise por si hay que hacer algún ajuste y que se le pague la bonificación de las compras del mes de mayo de 2012.

3.- Copia auténtica de comunicación dirigida al SEÑOR JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA por parte de TERPEL del 20 de junio de 2012, respondiendo la comunicación de este último del 25 de mayo.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

360

TERPEL manifiesta al señor ZAPATA que:

- No puede aplicar la figura de terminación unilateral por no darse ninguna de las causas establecidas en el contrato.
- Con la terminación unilateral e injustificada está incumpliendo el contrato y haciéndose acreedor a las multas en el estipuladas.
- Que el contrato está vigente y requieren al señor ZAPATA para que cumpla el contrato y cese la compra y distribución de combustible a otro distribuidor distinto a Terpel para las dos EDS.
- Coincide con el Convocado con relación al monto que se consignó a favor de TERPEL por la suma de \$405.000.000, pero precisa que no son multa sino que corresponde exclusivamente a la devolución del capital de trabajo entregado por Terpel por valor de \$500.000.000 y que debe reintegrar por la terminación anticipada y adquirir combustibles de otro proveedor mayorista. Que por este concepto le sigue adeudando \$8.175.107,00.
- Refuta una a una las supuestas causales de incumplimiento planteadas por el señor ZAPATA en su anterior comunicación del 25 de mayo. Reconoce que se suspendió el suministro de combustible en determinado momento por la falta de pago (incumplimiento del contrato). Entre otras, responde en el literal D numeral 4 lo del combustible contaminado y lo de los faltantes en la Plaza Lizama.
- Se refiere al resarcimiento de perjuicios, en el sentido que debe proceder dentro de los 30 días siguientes al recibo de esta comunicación con el pago de las sumas de dinero que a continuación señala y se refiere a: (i) Liquidación anticipada de daños del numeral 10.2 a y b del contrato los cuales transcribe. Y que teniendo en cuenta que ha dejado de adquirir el combustible de Terpel desde mayo de 2012 deberá pagar a Terpel \$346.653.655,00 (ii) Multas del numeral 10.1 a, b y c del contrato que transcribe. Y reclama las siguientes sumas: \$20.053.163 y que se aplicará sucesivamente cada 8 días mientras persista el incumplimiento.

Lo anterior bajo el entendido que el contrato se encuentra vigente.

- Que en los próximos días le estarán entregando la factura con los valores que adeuda en virtud de los incumplimientos para que la pague dentro de los 30 días calendarios siguientes a su recibo.

361

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

- Le reiteran que el contrato se encuentra plenamente vigente y que debe darse cumplimiento inmediatamente.

No obra a folios que se haya presentado factura alguna.

4.- Copia auténtica de comunicación dirigida a TERPEL por parte de JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA el 5 de julio de 2012.

En esta comunicación el señor ZAPATA manifiesta su extrañeza ante las afirmaciones hechas por TERPEL en el escrito del 20 de junio de 2012, y expresa su inconformidad con los términos de la misma. Hace relación a una hipoteca de uno de sus inmuebles a favor de Terpel y a un préstamo que le aprobó Leasing de Occidente para pagarle a Terpel lo adeudado. Se refiere a la comunicación del 10 de febrero de 2012 antes relacionada para darle otro alcance a los términos de la misma y en general expresa los hechos que lo llevaron a no continuar su relación con TERPEL, a quien le atribuye unos hechos e incumplimientos al contrato y cómo toda esa situación conllevó a que las estaciones se hubieran quedado sin combustible reiteradamente. Se refiere a faltantes de combustible, a la contaminación de éste, y al envío de las muestras del combustible contaminado a una planta de TERPEL, sin que éste hubiera asumido ninguna responsabilidad. Su inconformidad con los procesos de calibración en dicha planta. Reitera la mala situación económica por la que ha pasado. Y finaliza diciendo que todo lo que afirma en esta comunicación es para demostrar que el incumplimiento al que se vio "avocado" fue por el incumplimiento de Terpel "al no despachar el combustible habiendo respaldado para ello con la hipoteca anteriormente mencionada y la carta de autorización del préstamo de leasing de occidente".

Como se observa en las pruebas documentales aportadas por el tan mentado testigo en su declaración del 24 de agosto, en las que se encuentran la carta de Leasing de Occidente y la orden de giro proveniente del señor ZAPATA, estos son elementos indicadores de que podía llegar a contar con una fuente de pago, pero no se puede confundir esta circunstancia con el pago mismo que efectivamente se hizo con posterioridad, lo que confirma que en su momento se encontraba en mora con TERPEL y que tenía una intención de pago.

362

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

5.- Copia auténtica de comunicación dirigida a TERPEL por parte de JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA del 10 de septiembre de 2012, por medio de su apoderada.

La abogada del señor ZAPATA, NHORA ADRIANA LEAL JAIMES (Folio 135 a 137 del Cuaderno de Pruebas No. 1) se refiere a la comunicación que Terpel envió a Zapata de fecha 20 de Junio, y hace mención a dos temas: i) La "terminación unilateral" hace expresa mención al artículo 862 y 974 del Código de Comercio, invocando el pacto de preferencia, para afirmar que como éste no se puede pactar por un término superior a 1 año, "el señor JESUS ANTONIO ZAPATA VALENCIA estaba actuando conforme a Derecho al optar por cambiarse de Distribuidor Mayorista y da un preaviso por escrito como lo establece la costumbre comercial. Igualmente no trasgredió el Decreto 4299 de 2005, ni incumplió el contrato de concesión y distribución con la Organización Terpel en virtud de que ya había transcurrido el año que establece la ley como máximo para el pacto de preferencia; por lo cual no se le debe exigir el pago de multas o cláusula pecuniaria pactada en el mismo, so pena de incurrir en una conducta manifiestamente ilegal". ii) El incumplimiento y da alcance a los oficios de fecha octubre 26 de 2011, noviembre 165 de 2011 y julio 5 de 2012 (aportados luego por el testigo LOZANO), reiterando la queja presentada por su mandante (el señor ZAPATA) por el incumplimiento de TERPEL, por suministrarle a la EDS Parador Coran combustible contaminado y con faltantes sin que éste hubiera iniciado una investigación para solucionar el tema y resarcir el daño ocasionado a la EDS y sus clientes. Se refiere al artículo 973 del Código de Comercio para establecer que "este artículo no priva al contratante perjudicado por incumplimiento del otro de su derecho a pedir la indemnización de perjuicios a justa tasación".

Y finalmente reconoce que su mandante adeuda \$8.175.107,00 a Terpel y que "desea cubrirlos con una bonificación de la empresa pendiente a su favor por valor de nueve millones de pesos (\$9.000.000) aprox, vigencia 2012".

Se resalta y subraya la mención a la abogada del señor ZAPATA, **NHORA ADRIANA LEAL JAIMES**, pues basta revisar el expediente para verificar que esta doctora respondió aproximadamente por un año

363

TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.

todas las comunicaciones que le dirigió la Cámara de Comercio de Bogotá en nombre del Convocado, como se desprende de las consideraciones del auto que resolvió la nulidad presentada por el apoderado de este último, en donde es manifiesta la intención de dilatar un trámite para luego argumentar el señor ZAPATA que no conocía de trámite arbitral alguno, como consta en su comunicación del 2 de junio de 2015 (Folio 392 Cuaderno Principal No. 1).

6.- Copia auténtica de comunicación del 12 de septiembre de 2012 del señor JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA a TERPEL, en hoja membreteada de EDS EL CORAN indicando lo que vendió en el mes de mayo de 2012 y cobrando nuevamente la bonificación que no le ha sido pagada. Manifiesta además que la funcionaria de cartera de Medellín de TERPEL le dijo que las cuentas habías sido cruzadas, pero que ellos no adeudaban nada.

7.- Copia auténtica de comunicación enviada el 18 de septiembre de 2012 de TERPEL al señor JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA, respondiendo el oficio del señor ZAPATA del 12 de septiembre de 2012 con relación a los "incentivos", en donde le manifiesta que no tiene derecho a los mismos por haber incumplido el contrato, entre otras, por adquirir combustible de otro distribuidor mayorista y que TERPEL no incumplió el contrato.

En este punto el contrato de concesión en estudio, es claro al hacer mención a los "incentivos", que *"se otorgará siempre que el Concesionario estuviere cumpliendo con todas sus obligaciones"*, entendemos durante la ejecución del contrato.

8.- Copia auténtica de comunicación enviada el 18 de septiembre de 2012 de TERPEL al señor JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA, **respondiendo el oficio enviado por la apoderada de este último, NHORA ADRIANA LEAL JAIMES**, en donde insiste TERPEL que el contrato estaba vigente y que el señor ZAPATA se encontraba en mora de cumplir las obligaciones derivadas del mismo y que no aplica la norma por ella citada para efectos de la terminación unilateral. Y que con relación al supuesto contaminado le reiteran lo manifestado en dos comunicaciones una del 15 de noviembre de 2011 y la otra del 20 de junio de 2012 en donde se describen los procesos que tienen para evitar hechos como estos y que el señor ZAPATA lo pudo

TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.

364

constatar en su momento con la visita que efectuó a las instalaciones de TERPEL por ende niega el incumplimiento que se le está endilgando y lo requiere para el pago de los perjuicios y otros ya mencionados en su comunicación del 20 de junio antes referida, de acuerdo a las disposiciones que de común acuerdo fueron pactadas. Le reiteran que no tiene derecho a incentivo alguno por estar incumpliendo el contrato de concesión y distribución y que TERPEL ha cumplido con todas sus obligaciones.

9.- Copia auténtica de la solicitud de medidas cautelares presentada por TERPEL contra PETROMIL, ante la Superintendencia de Industria y Comercio, en facultades jurisdiccionales, el 24 de enero de 2013.

Claramente queda soportado que dicha solicitud se dirige contra una persona distinta al aquí Convocado y que difiere de las pretensiones de la demanda aquí presentada, quedando así desvirtuado el argumento del abogado del señor ZAPATA en su escrito de alegatos de conclusión, en el sentido que hay "pleito pendiente por cobro con solidaridad pasiva" o cosa juzgada (Folio 222, Cuaderno Principal No. 2).

Dentro de estos documentos aportados con la demanda, a folios 196/185 está un oficio (copia auténtica) de fecha 1 de febrero de 2013, mediante el cual las partes intentan transar sus diferencias y del cual resalta el Tribunal Arbitral los siguientes hechos:

a) Acordaron que dicha reunión "se celebró entre las partes con el propósito de discutir el contrato de concesión y distribución celebrado el 1 de julio de 2010 con Organización Terpel, para el suministro en las estaciones de servicio (en adelante EDS) "ESTACION DE SERVICIO SERVIEZ (en adelante "SERVIEZ") y "ESTACION DE SERVICIO Y PARADOR EL CORAN" (en adelante "EL CORAN"), propiedad de este último.

b) Consideraron "la posibilidad de que las estaciones antes mencionadas, de propiedad del señor JESUS ANTONIO ZAPATA VALENCIA nuevamente vuelvan a la red de Distribuidores de la Organización TERPEL S.A. y a exhibir su imagen", lo anterior para evitar cualquier acción legal por cualquiera de las partes".

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

365

c) Acordaron que "Organización Terpel S.A. enviará al señor ZAPATA una propuesta comercial y legal respecto a las EDS SERVIEZ y EL CORAN para que estas nuevamente vuelvan a la red de Distribución de Organización Terpel S.A" y por último,

d) Teniendo en cuenta la propuesta que sería presentada por TERPEL el señor VALENCIA daría "respuesta sobre la misma en un término no mayor a 30 días, contados a partir del día siguiente a la recepción de la propuesta".

Ese documento se firmó el 1 de febrero de 2013, "con el ánimo de buscar soluciones comerciales entre las partes", por las siguientes personas: el Director de redes de Terpel, el apoderado de Terpel, el señor ZAPATA y de la abogada que lo acompañaba NHORA ADRIANA LEAL JAIMES, y de otro señor.

Así queda también desvirtuado el argumento del abogado del señor ZAPATA en su escrito de alegatos de conclusión, en el sentido que TERPEL ofreció unilateralmente al señor ZAPATA dinero para que le devolviera las estaciones de servicio. Téngase en cuenta que el anterior documento se acordó mutuamente entre las partes y no como lo pretende ver el apoderado del Convocado, teniendo en cuenta que además estaba asesorado por su abogada. (Folio 179 del Cuaderno Principa No. 2).

10.-Copia auténtica de la demanda presentada por TERPEL contra PETROMIL, y de su reforma, ante la Superintendencia de Industria y Comercio, en el expediente 13-013416.

Se trata de una demanda por competencia desleal cuyo demandante es el mismo Convocante, pero distinto Convocado y con pretensiones distintas a las aquí solicitadas por el aquí Convocante. Una vez más queda desvirtuado el argumento del apoderado del Convocado, cuando manifiesta en su escrito de alegatos de conclusión sobre pleito pendiente y cosa juzgada.

También se aportaron con la demanda los siguientes documentos:

- Copia auténtica de la contestación de la demanda presentada por PETROLEOS DEL MILENIO C.I. S.A.S ante la Superintendencia de Industria y Comercio, en relación con el proceso de competencia

366

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

desleal núm. 13-013416 adelantado ante esta entidad por la ORGANIZACIÓN TERPEL S.A, copia auténtica del dictamen pericial contable rendido en el proceso de competencia desleal núm. 13-013416, copia autentica del acta de inspección judicial dentro de la audiencia de que trata el artículo 432 del Código de Procedimiento Civil, en el proceso verbal de competencia desleal ante la Superintendencia de Industria y Comercio de ORGANIZACIÓN TERPEL S.A. v. PETROLEOS DEL MILENIO C.I. S.A.S. y copia autentica de cuentas de compra de la EDS de servicio el CORÁN, exhibidas dentro de la inspección judicial adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio el 21 de febrero de 2014.

De estas pruebas se resalta el dictamen presentado por el perito Sr. FERNANDO GALEANO BECERRA.(Folios Nos.478, 479, 480 492 y 495 Cuad. Pbas. 1) y se extraen los siguientes apartes:

"C) E.D.S. ESTACION DE SERVICIO Y PARADOR CORAN

En la primera factura registrada en la contabilidad de JESUS ANTONIO ZAPATA VALENCIA propietario de la E.D.S. ESTACION DE SERVICIO Y PARADOR CORAN en PUERTO SALGAR bajo el número #SOG 173 se observa que PETROMIL le empezó a suministrar Biodiesel a CORAN con fecha de emisión veinticuatro (24) de mayo del año 2012 y con fecha de vencimiento veintinueve (29) de mayo de 2012 bajo el No. De pedido 173 con los siguientes valores:

fecha	factura No.	Código	Cantidad	Unidad	descripción	Vr. Unitario	Total
24/05/2012	SOG-173	21006	10.050	galones	Biodiesel al 10% río Sogamoso	6.482,43	65.148.421,50
			10.050	galones	sobretasa biodiesel al 10% río Sogamoso	301,48	3.029.874,00
			10.050	galones	impuesto global diésel al 10% río Sogamoso	482,61	4.850.230,50
					Subtotal Impuestos		65.148.421,50
					Impuestos		7.880.104,50
					Retefuente 10%		-69.998,65
					Neto Total		72.958.527

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

*En la décima factura registrada en la contabilidad de JESUS ANTONIO ZAPATA VALENCIA propietario de la E.D.S. ESTACION DE SERVICIO Y PARADOR CORAN en PUERTO SALGAR bajo el #SOG 212 se registra que PETROMIL le empezó a suministrar **Biodiesel y Gasolina Corriente a CORAN** con fecha de emisión primero (1º) de junio del año 2012 y con fecha de vencimiento seis (6) de junio de 2012 bajo el No de pedido 212 con los siguientes valores:*

fecha	factura No.	Código	Cantidad	Unidad	descripción	Vr. Unitario	Total
01/06/2012	SOG-212	21006	7.014	galones	Biodiesel al 10% río Sogamoso	6.382,43	44.766.364,02
			7.014	galones	sobretasa biodiesel al 10% río Sogamoso	301,48	2.114.580,72
			7.014	galones	Impuesto global diésel al 10% río Sogamoso	482,61	3.385.026,54
		50806	3.574	galones	gasolina corriente oxigenada al 8%	6.082,36	21.738.354,64
			3.574	galones	sobretasa gasolina corriente oxigenada	1.168,12	4.174.860,88
			3.574	galones	impuesto global gasolina corriente	744,35	2.660.305,90
			3.574	galones	solidicom gasolina corriente oxigenada	2,89	10.328,86
					Subtotal		66.504.719
					Impuestos		12.345.104
					Retefuente 10%		-72.550,05
					Neto Total		78.777.273

D) E.D.S. ESTACION DE SERVICIO AUTOMOTRIZ SERVICENTRO SERVIEZ

*La tercera factura registrada en la contabilidad de JESUS ANTONIO ZAPATA VALENCIA propietario de la E.D.S. ESTACION DE SERVICIO AUTOMOTRIZ SERVIEZ ubicada en Puerto Boyacá bajo el número SOG-182 indica que PETROMIL le empezó a suministrar **Biodiesel y Gasolina Corriente a SERVIEZ** con fecha de emisión veintiséis (26) de mayo del 2012 y con fecha vencimiento treinta y uno (31) de mayo de 2012 con el No de pedido 182 con los siguientes valores:*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

fecha	factura No.	Código	Cantidad	Unidad	Descripción	Vr. Unitario	Total
26/05/2012	SOG-182	21006	6.188	galones	Biodiesel al 10% río Sogamoso	6.482,43	40.113.276,84
			6.188	galones	sobretasa biodiesel al 10% río Sogamoso	301,48	1.865.558,24
			6.188	galones	impuesto global diésel al 10% río Sogamoso	482,61	2.986.390,68
		50806	3.587	galones	gasolina corriente oxigenada al 8%	6.236,96	22.372.047,26
			3.587	galones	sobretasa gasolina corriente oxigenada	1.168,12	4.190.046,44
			3.587	galones	impuesto global gasolina corriente	744,35	2.669.983,45
					Subtotal		62.485.324
					Impuestos		11.711.979
					Retefuente 10%		-68.141,70
					Neto Total		74.129.161

Esta explicación se da con la finalidad de mostrar al Despacho:

- A partir de qué fecha se inició la facturación por ventas de PETROMIL, así fuera Biodiesel.
- A partir de qué fecha empezó a facturar PETROMIL ventas de gasolina corriente a las diferentes ESTACIONES DE SERVICIO objeto de la demanda, diferente de Biodiesel.

En el auxiliar denominado LIBRO AUXILIAR POR NIT año 2012 aportado por PETROMIL se incluye el movimiento del código PUC 130505001 –DEUDORES CLIENTES NACIONALES- se registra un abono de Cuenta por Cobrar por valor de \$405.000.000 como crédito a largo plazo otorgado a Jesús Antonio Zapata Valencia con fecha 19 de mayo de 2012.(Ver ANEXO No 20 y 21).

Este préstamo lo hace PETROMIL A Jesús Antonio Zapata Valencia con el fin de cubrir deuda con anterior mayorista (Terpel), según registra el soporte certificado y la consignación respectiva incorporados en el dictamen pericial. (VER ANEXO No 59).

-Otras pruebas aportadas por el testigo JORGE LUDWING LOZANO JAIMES, en audiencia de fecha 24 de agosto de 2015.

1.- Una grabación de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá al resolver el recurso de apelación contra la sentencia de

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

primera instancia proferida dentro del proceso de competencia desleal iniciado por TERPEL contra PETROMIL.

De la lectura de dicha sentencia, resalta el Tribunal Arbitral lo manifestado por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, así: *"Independientemente de la situación contractual con el anterior distribuidor que no es objeto de este proceso por ese motivo es acaso..."*. (subrayado del Tribunal).

El Tribunal Arbitral coincide con esa consideración en el sentido que no es objeto del proceso de competencia desleal la situación contractual del señor ZAPATA con su anterior distribuidor, a saber TERPEL, pues aunque el demandante dentro de ese otro proceso que subió por apelación al Honorable Tribunal es el mismo aquí Convocante (TERPEL), el demandado en ese proceso era PETROMIL y no el señor ZAPATA. Además, las pretensiones eran totalmente distintas en uno y otro trámite, y por ende la situación contractual entre TERPEL y señor JESÚS ANTONIO ZAPATA para el caso que nos ocupa, no tiene incidencia en el proceso de competencia desleal, como lo afirma el Honorable Tribunal Superior de Bogotá.

No puede decirse entonces que con ocasión de la sentencia de segunda instancia, haya pleito pendiente con solidaridad pasiva o cosa juzgada, como lo afirma el apoderado del señor ZAPATA en sus alegatos de conclusión. Otro argumento más que soporta el por qué a PETROMIL no se le aceptó la coadyuvancia pretendida conforme obra a folios.

De acuerdo con la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, PETROMIL no incurrió en la conducta desleal de ruptura contractual, pero esto no significa que haya absuelto al señor ZAPATA VALENCIA, y mal podía hacerlo por no ser este el demandado en el proceso por competencia desleal. Por ello, la existencia de fallos en uno u otro sentido en ese otro trámite de ninguna manera impide que este Tribunal, que es el competente para decidir las controversias surgidas entre TERPEL y el Convocado relativas al contrato de concesión y distribución, valore la conducta del Señor ZAPATA para definir si hubo incumplimiento del mismo.

2.- Copia de un oficio de la Superintendencia de Industria y Comercio, en donde esta Entidad le responde al señor ZAPATA *"una comunicación radicada con el No. 13-090678 del 8 de abril de 2013, mediante la cual presentó queja por la*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

*presunta realización de actos restrictivos de la competencia adelantados por la ORGANIZACIÓN TERPEL S.A" en donde concluye que al encontrarse "en este caso frente a un **presunto** abuso de posición contractual debe tenerse en cuenta que los hechos denunciados ante este Despacho deben ser analizados a la luz de las normas que rigen la relación contractual, es decir normas civiles o comerciales, dependiendo del tipo de contrato", por lo cual no amerita trámite alguno dentro de las funciones asignadas a dicha Entidad por ley.*

3.- Una certificación de FENDIPETROLEO de fecha 21 de octubre de 2011 según la cual uno de sus funcionarios llevó a cabo la supervisión de tanques de combustibles, en donde se observa "1" tanque cuyo producto era de "gasolina corriente oxigenada con constancia de **"741 GLS DE BORRAS"**. Deja una NOTA del siguiente tenor: "La Estación de Servicio se hará cargo de los residuos restantes de la Limpieza de los Tanques bajo su única responsabilidad." (subraya el Tribunal). Nótese lo que representan 741 galones frente a los volúmenes mínimos de suministro mensual establecidos contractualmente.

Además, la cláusula 5.8 (iv) del contrato prevé dentro de las obligaciones del concesionario "revisar al momento de la entrega las condiciones y pureza de los Productos suministrados e informar inmediatamente las fallas encontradas con el fin de aplicar los correctivos pertinentes de inmediato." Resalta el Tribunal que, tal como consta en la comunicación de Terpel al señor Zapata de fecha 18 de septiembre de 2012 (Folio 141 Cuaderno de Pruebas No. 1), la mayorista hace mención a las respuestas que le dio oportunamente al Concesionario con relación a las quejas antes mencionadas.

4.- Comunicación de Octubre 26 de 2011 del señor ZAPATA a TERPEL en donde le hace llegar 2 muestras de gasolina manifestando que no es apto para distribuir a sus clientes y que le hace reclamación por cuanto varios vehículos se han quedado varados y están pendientes del pago de trabajo de mecánica por esa situación, y que están a la espera de que le resuelvan el problema compensando el combustible que les llegó contaminado.

5.-Oficio suscrito por un funcionario de Policita Judicial del Grupo de Operaciones Especiales de Hidrocarburos respondiendo a la solicitud de la EDS Parador Corán sobre los resultados de las pruebas de marcación realizadas a un producto hidrocarburo (Gasolina Corriente) almacenada en el tanque No. 2 de su establecimiento comercial, en donde termina afirmando: " ... lo que nos

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

permite inferir que el hidrocarburo materia de prueba es adquirido de una manera legal y que los resultados poco bajos en su marcación se pueden presentar posiblemente por impurezas en el producto, situación que tendría que ser verificada por un perito de laboratorio químico competente."

No obra en el expediente prueba de dicha verificación por el experto que se sugiere.

6.-Unas facturas de venta expedidas al Parador Coran por un taller "Salgar Repuestos" por unos conceptos que no demuestran una relación con los anteriores hechos.

Por último, el Tribunal debe precisar el efecto procesal de haber declarado susceptibles de confesión varios hechos contenidos en la demanda, una vez que el Convocado no compareció a absolver el interrogatorio de parte.

En lo concerniente a los efectos y a la naturaleza de la declaratoria de haber de la confesión ficta de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 210 del Código de Procedimiento Civil, la Corte Constitucional en Sentencia T-513 de 2011 dispuso que:

"De acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación y de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, la confesión ficta constituye una herramienta, definida en la forma de una presunción legal o de indicio grave, para que los operadores judiciales puedan establecer la verdad de los hechos presentados en un litigio y, asimismo, puedan dictar la sentencia respectiva. Esta figura se encuentra definida en el Código de Procedimiento Civil, de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 210. CONFESION FICTA O PRESUNTA (Artículo modificado por el artículo 22 de la Ley 794 de 2003) La no comparecencia del citado a la audiencia, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, se hará constar en el acta y hará presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles, contenidas en el interrogatorio escrito.

La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos de la demanda y de las excepciones de mérito, o de sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca.

En ambos casos, el juez hará constar en el acta cuáles son los hechos susceptibles de confesión contenidos en el interrogatorio escrito, en la

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

demanda, las excepciones de mérito, o sus contestaciones, que se presumen ciertos.

Si las preguntas no fueren asertivas o el hecho no admitiere prueba de confesión, la no comparecencia, la respuesta evasiva o la negativa a responder, se apreciarán como indicio grave en contra de la parte citada."

De igual forma, en sentencia C-102 de 2005 la misma Corporación dispuso que la confesión ficta esta solo es una herramienta procesal más, que debe ser estudiada por el juez y que puede ser desvirtuada en el transcurso del proceso expresando específicamente que:

"En otras palabras, la mera circunstancia de que no se conteste la demanda o no se acuda a los interrogatorios decretados como prueba en el proceso, no implica ipso facto, que la presunción o el indicio que esta conducta implica, según la ley, conduzca a que el juez se vea impelido a dictar sentencia desfavorable a los intereses de quien actuó de esa manera, porque llevan consigo una confesión obtenida en violación del principio de no autoincriminación."

(...)

Para que la confesión judicial se produzca, se deben cumplir los requisitos contenidos en el artículo 195 del mismo Código. Además, la ley es clara en cuanto establecer que toda confesión admite prueba en contrario – art. 201 del Código."

La Corte Suprema de Justicia, en lo relativo a los efectos de la declaratoria de confesión ficta y al deber de valorar en su integridad las pruebas regular y oportunamente aportadas al proceso en cumplimiento del principio de independencia judicial, tal como se estableció en sentencias de fecha 24 de junio de 1992 y 12 de marzo de 1992, citadas en la sentencia T-513 de 2011 antes referida, estableció:

"Así, en el caso de la confesión ficta, se reitera, ella es apenas una presunción legal que como tal admite prueba en contrario, y que deberá ser desvirtuada si en el proceso reposa o a él se allega, previo el cumplimiento de las formalidades legales, prueba o indicio que así lo determine; en cuanto a los indicios, éstos son pruebas indirectas por excelencia, esto es, "...que a partir de algo conocido y por virtud de una operación apoyada en las reglas de la lógica y en las máximas de la experiencia, se establece la existencia de una cosa desconocida", por lo que deberán ser apreciados por el juzgador "... en conjunto, armonizadamente, entretejiendo unos con otros...", todo lo cual corrobora lo dicho anteriormente." (Subrayado del Tribunal).

3x3

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

Por lo antes expuesto, considera el Tribunal que si bien se declaró la confesión ficta respecto de algunas de las preguntas contenidas en el sobre cerrado aportado por la parte Convocante, dichas pruebas deben valorarse en cumplimiento del principio de necesidad de la prueba, tal como lo ordena el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, en el sentido de que *" toda decisión debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso"*, y en cumplimiento a lo previsto en el artículo 187 de Código de Procedimiento Civil, en la medida que *"Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica..."*, razón por la cual el Tribunal en cumplimiento de dichos preceptos realiza el análisis y valoración de la totalidad de las pruebas que obran en el expediente.

En razón de todas las pruebas analizadas previamente, el Tribunal Arbitral no encuentra probado el incumplimiento de TERPEL frente a las obligaciones a su cargo, en virtud del *"contrato de concesión y distribución de combustibles"* celebrado por Terpel para que se aplique la *"excepción de contrato no cumplido"* como soporte de la terminación unilateral y anticipada de dicho contrato por el señor ZAPATA, no obstante que Terpel interrumpió el suministro de combustible en determinado momento de ejecución del contrato, pero está probado que fue por los incumplimientos del señor ZAPATA.

En este punto el contrato establece en el CAPITULO V Distribución de los productos:

"5.7.- Terpel no se encontrará obligada a dar cumplimiento a la obligación de suministro por la ocurrencia de hechos que justifiquen la interrupción de suministro (# 2 art 15 Dec. 4299 de 2005 o por hechos imprevisibles o irresistibles (caso fortuito o fuerza mayor)."

Y además, que si se presentaron en algún momento también de ejecución del contrato algunas quejas por parte del señor ZAPATA a TERPEL, estas quedaron superadas como él mismo lo afirma en su comunicación del 10 de febrero de 2012. Hechos estos, los cuales el señor ZAPATA luego intentó acoger como incumplimientos de Terpel para justificar su terminación.

Así las cosas, está probado que el señor JESUS ANTONIO ZAPATA VALENCIA incumplió el contrato de concesión y distribución que celebró con TERPEL por las siguientes razones:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

1. Al darlo por terminado unilateralmente en forma anticipada.
2. Al dejar de adquirir combustible de esta última durante la vigencia del contrato y,
3. Al distribuir y comercializar a través de sus estaciones de servicio productos o combustibles adquiridos de terceros, a partir de mayo de 2012.

4. CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y ECONÓMICAS DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

Luego de examinar las pretensiones de la demanda y de determinar los incumplimientos incurridos por el Convocado con base en los medios de prueba obrantes en el expediente y valorados por el Tribunal, procede el mismo a establecer las consecuencias jurídicas y económicas de tales conductas de conformidad con lo pretendido en la demanda.

Es del caso traer a colación el principio del derecho civil patrimonial según el cual quien causa un perjuicio a otra persona por haber desatendido en forma dolosa o culposa las obligaciones contractuales válidamente contraídas, debe repararlo íntegramente. Dicho incumplimiento genera la obligación de indemnizar los perjuicios resultantes y quien los ha sufrido se coloca en la posición de acreedor o titular de un derecho crediticio que puede exigir a su deudor, causante del daño, el correspondiente resarcimiento¹². El sistema de responsabilidad civil contractual define las reglas aplicables en procura de que la satisfacción del acreedor sea completa, pero cuidando que no se convierta en fuente de enriquecimiento para el contratante agraviado.

En principio, al demandante incumbe la carga de probar el perjuicio que ha sufrido, su naturaleza y su cuantía. Al juez corresponderá precisar, luego de valorar en su conjunto las pruebas allegadas, el *quantum* de la indemnización a

¹² Art. 1494 C.C.: el hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona es fuente de obligaciones.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

cargo del contratante incumplido. Esta valoración judicial de los perjuicios es la regla general en el campo de la responsabilidad contractual.

No obstante, nuestro derecho positivo admite, siguiendo una antigua tradición jurídica que data del derecho romano, que las partes convengan en estimar anticipadamente los perjuicios derivados de su incumplimiento, de suerte que la valoración la realicen ellas mismas al tiempo del contrato, facilitando de esa manera la tarea de precisar la cuantía de la indemnización que debe sufragar el deudor incumplido a título de daño emergente y lucro cesante.

Al respecto ha dicho la jurisprudencia: *"Entendida pues la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente, tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

*caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato.*¹³

También ha señalado la Corte Suprema de Justicia la consecuencia que tiene para el demandante la incorporación de una cláusula penal como estimación anticipada de perjuicios en un contrato: *"el acreedor puede optar por lo que mejor le convenga: con menor indemnización pero liberado de la carga de demostrar perjuicios y su monto, o mayor indemnización, con prescindencia de la cláusula penal que contempla una menor, pero asumiendo esa carga probatoria."*¹⁴

Además del mencionado mecanismo indemnizatorio fijado en el contrato en forma anticipada a la ocurrencia del evento de incumplimiento, dentro de ciertos límites las partes pueden fijar penas pecuniarias para sancionar dicho incumplimiento. También es permitido que los contratantes prevean la obligación de pagar sumas de dinero para apremiar al deudor con el propósito de que se apreste a ejecutar sus prestaciones en la forma y tiempo debidos, estipulación que cobra especial importancia cuando en vigencia del contrato, aquel se rehúsa a hacerlo.

Todas estas funciones puede cumplir la cláusula penal prevista en los artículos 1592 a 1601 del Código Civil y 867 del Código de Comercio. Sobre esta estipulación, ha afirmado la doctrina que es multifuncional puesto que:

"(...) puede ser tanto una estimación anticipada del monto de los perjuicios resultantes de tal incumplimiento, una modalidad de apremio al deudor, una garantía adicional o acicate para un adecuado cumplimiento, una pena adicional a la indemnización compensatoria, una forma de medir y sancionar el retardo en el cumplimiento o una combinación de

¹³ C. S. J., Sala de Casación Civil, sent. del 23 de mayo 1996, exp. 4607 M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, G.J. CCXL, No. 2479, pág 637 y ss. Fallo reiterado el 23 de junio de 2000, M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Ref.: Expediente No. C-4823.

¹⁴ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 7 de junio de 2002, exp. 7320, M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

*varias de ellas*¹⁵, de allí que "la práctica contractual permita ver cláusulas penales con efectos para los dos o todos los contratantes, o solo para uno o unos de ellos; cláusulas diferenciadoras en sus efectos para cada parte o para cada circunstancia contractual específica; cláusulas concurrentes con otros tipos de garantías reales o personales o sin ellas; cláusulas asociadas a pólizas de seguros, garantías bancarias o cartas de crédito stand by o sin ellas (...)".¹⁶

Subraya el Tribunal que tales cláusulas tienen plena eficacia siempre que se convengan con observancia de las normas imperativas que aluden a los requisitos de validez de las declaraciones de voluntad establecidas en el artículo 1502 del Código Civil, con sus disposiciones concordantes. Así mismo, las obligaciones accesorias que fluyen de dichos pactos deben guardar proporcionalidad con las prestaciones a las que acceden, de manera que pueden ser reducidas judicialmente cuando resulten enormes o excesivas (artículo 1601 del C.C. y 867 del C. de Co.).

Dicho lo anterior, pasa el Tribunal a considerar los elementos de derecho que resultan necesarios para determinar la indemnización a la que tiene derecho Terpel por el incumplimiento del Convocado del Contrato de Concesión y Distribución objeto de la presente controversia. Para ello debe el Tribunal escudriñar y por supuesto, cuando se requiera interpretar las cláusulas que se refieren a este punto, y que aparecen bajo el título de "Régimen de Responsabilidad" (Capítulo X) del acuerdo referido. Las cláusulas 10.1 y 10.2 - en lo pertinente- señalan:

"10.1 Multas. Cuando el Concesionario incumpla total o parcialmente alguna cualquiera de las obligaciones estipuladas en este Contrato, acepta que Terpel aplique las consecuencias establecidas en esta sección, de conformidad con los términos y condiciones que a continuación se describen:

¹⁵ ABELA, Andrew. Obligaciones con cláusula penal. En: Castro Marcela (coord.) Derecho de las obligaciones Tomo I, 2ª ed. Uniandes- Temis, Bogotá 2015, pág. 195.

¹⁶ Ibídem, pág. 194.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.

- a) **Por regla general, salvo en los casos previstos en los literales b) y c) de la presente sección, cuando se produzca el incumplimiento del Concesionario de cualquier obligación a su cargo establecida en el presente Contrato, éste acepta pagar a Terpel, por concepto de multas, un valor equivalente al uno por ciento (1%) del valor promedio de las últimas tres facturas emitidas por Terpel por virtud del presente Contrato, en cada ocasión de incumplimiento de este Contrato, sujeto a las reglas descritas a continuación. Ante la ocurrencia del evento generador de multas, Terpel podrá aplicar la respectiva multa y en ese caso deberá comunicar su decisión de hacer efectiva la multa al Concesionario, mediante notificación por escrito. Hecha la notificación, Terpel aplicará sucesivamente la multa, mientras persista el incumplimiento, cada ocho (8) días calendario.**
- b) **Cuando el concesionario distribuya o comercialice en o a través de la EDS, productos o combustibles adquiridos de la competencia o en general, de cualquier tercero diferente de Terpel, deberá pagar a éste, por concepto de multas, un valor equivalente al cinco por ciento (5%) del valor promedio de las últimas tres facturas emitidas por Terpel por virtud del presente Contrato, para lo cual ante la ocurrencia del evento generador de las multas, Terpel podrá aplicar la respectiva multa y en ese caso deberá comunicar su decisión de hacer efectiva la multa al Concesionario, mediante notificación por escrito.**
- c) **Cuando se produzca el incumplimiento al Concesionario de una obligación contenida en el Capítulo IV y/o en el Anexo 4 (relativos a las Marcas) del presente Contrato, éste acepta pagar a Terpel, por concepto de multas, un valor equivalente al cinco por ciento (5%) del valor promedio de las últimas tres facturas emitidas por Terpel en virtud del presente Contrato, en cada ocasión de incumplimiento de este Contrato, sujeto a las reglas descritas en el literal a) de la presente sección 10.1**
- d) (...).

*Las partes acuerdan que la causación y pago de las multas corresponden al simple retardo en el cumplimiento o incumplimiento de sus obligaciones y **no eximen al Concesionario de la debida ejecución de la respectiva obligación.***

El Concesionario conviene en pagar las multas, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la comunicación de Terpel.

En cualquier caso de aplicación de multas establecidas en el Contrato, el Concesionario tiene la facultad de acudir a los mecanismos de resolución

TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.

de disputas establecidos en el Capítulo XI del Contrato, en caso de no estar de acuerdo con el evento de incumplimiento, después de haber pagado las multas respectivas.

Para efectos de otorgarle los efectos que bajo este Contrato se señalan para la causación y cobro de las multas, el Concesionario reconoce y acepta que no será necesario procedimiento alguno ni requerimiento para constituirlo en mora.

PARÁGRAFO 1.- Las multas que se establecen en la presente sección tienen carácter de apremios y no son resarcitorias; por consiguiente, su causación y pago no exime al Concesionario del cumplimiento de las obligaciones a su cargo, ni del pago de los perjuicios que Terpel haya sufrido como consecuencia de los incumplimientos del Concesionario.

PARÁGRAFO 2. Las partes acuerdan que será título ejecutivo para hacer exigible la multa, este Contrato y la afirmación de Terpel indicando el incumplimiento en que haya incurrido el Concesionario.

10.2 Liquidación anticipada de daños

a) Si por cualquier causa imputable al Concesionario de conformidad con lo dispuesto en el presente Contrato, se suspende el suministro de los Combustibles o el Concesionario deja de adquirir de Terpel la totalidad o una porción del Volumen Mínimo de Combustibles en un respectivo mes, las Partes acuerdan que el Concesionario deberá pagar a Terpel un valor equivalente al Margen de Comercialización Mayorista del volumen que resulte de restar el volumen efectivamente comprado a Terpel en un respectivo mes calendario del Volumen Mínimo de Combustibles en un determinado mes calendario. Por lo tanto, la liquidación anticipada de daños por el incumplimiento de la adquisición del Volumen Mínimo de Combustibles de un determinado mes calendario, se causará al momento de llevarse a cabo la correspondiente verificación por parte de Terpel. En caso que no ejerza su derecho al cobro de la liquidación anticipada de daños al Concesionario **durante uno o varios meses pese a estar incumpliendo su obligación de compra del Volumen Mínimo**, no se entenderá como una renuncia a su derecho de hacerlo.

b) Si el Concesionario distribuye o comercializa en o a través de la EDS Combustibles o Productos adquiridos de la Competencia o en general, de cualquier tercero diferente de Terpel, dejando de adquirir el Volumen Mínimo de Combustibles en un determinado mes, deberá pagar a Terpel un valor equivalente al Margen de Comercialización Mayorista correspondiente al Volumen Mínimo de Combustibles o Productos.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

La liquidación de daños de que trata esta sección deberá ser pagada por el Concesionario a Terpel dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la entrega de la factura por parte de Terpel.

La liquidación de daños que se establece aquí, constituye una estimación anticipada de los perjuicios ocasionados; sin embargo, Terpel podrá pedir el resarcimiento adicional de daños que sean demostrados en concreto y cuya causa directa se encuentre en el mismo incumplimiento.

Igualmente, las Partes entienden que Terpel podrá pedir el resarcimiento pleno de daños que sean demostrados en concreto, por causa del cumplimiento tardío o incumplimiento del Concesionario de cualquier obligación a su cargo por virtud del presente Contrato.

(...)” (destaca el Tribunal).

Observa el Tribunal que el régimen de responsabilidad vertido en las cláusulas transcritas no se pactó en forma bilateral sino que prevé exclusivamente las consecuencias económicas adversas y severas que sufre el Concesionario en caso de incumplir sus obligaciones, pero nada dice sobre la responsabilidad de ser TERPEL la parte que incurra en incumplimiento. Estas estipulaciones, lo mismo que otras que constan en el contrato¹⁷, ponen en evidencia que TERPEL predispuso el texto, el cual contiene cláusulas que aunque fueron aceptadas por el Convocado, no son paritarias sino unilaterales, al conferir ventajas económicas para TERPEL exclusivamente.

A juicio del Tribunal, estamos en presencia de un contrato por adhesión, ante el cual debe el Tribunal interpretar el verdadero sentido y alcance de las mencionadas cláusulas empleando los principios y reglas de hermenéutica previstas en la ley.¹⁸

Si bien el principio rector de la interpretación contractual se dirige a encontrar la común intención de las partes (art. 1618 C.C.)¹⁹, cuando se está en presencia de contratos de adhesión o predispuestos por una de las partes –aquella que

¹⁷ Cláusulas 5.3 Forma de pago; 5.4 No exclusividad a favor del Concesionario; 11.1 Terminación.

¹⁸ Véase el testimonio del señor LUIS GERARDO MARTÍNEZ, folios 485 y siguiente del Cuaderno de Pruebas No. 2.

¹⁹ C.S.J. Sala de Casación Civil, sentencia de 5 de julio de 1983, G.J. CLXXII, Primera parte, págs. 117-118, y sentencia del 19 de diciembre de 2008, Exp. 11001-3103-012-2000-00075-01.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

ostenta mayor poder de negociación- el juez dispone de un criterio que, aunque tradicionalmente se entendió como subsidiario o auxiliar, se ha convertido en una regla central para interpretar los contratos a los que se viene refiriendo el Tribunal: la interpretación *contra proferentem*, también llamada *contra stipulatorem*, de la que trata el artículo 1624 del Código Civil, y que complementa la de interpretación en favor del deudor cuando haya ambigüedad en las cláusulas. La norma reza:

"No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.

Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella."

En jurisprudencia reciente, la Sala de Casación Civil sostuvo que la regla *contra proferentem* es principal y no auxiliar cuando se está en presencia de un contrato predispuesto, aunque la estipulación que se examine esté libre de ambigüedades:

"(...) en punto del discernimiento de las estipulaciones predispuestas la importancia de los tradicionales criterios hermenéuticos de índole subjetiva (particularmente la norma del artículo 1618 del Código Civil), en cuanto están enderezados a descubrir la común intención de los contratantes, se atenúan y desdibujan, cabalmente, porque no tendría sentido indagar por ese querer mutuo a sabiendas que el contenido del contrato refleja predominantemente la voluntad del empresario; por el contrario, cobran especial relevancia, algunas pautas objetivas, particularmente, la regla contra proferentem, que abandona el carácter subsidiario que se le atribuye en el ámbito de los contratos negociados, para pasar a convertirse en un principio de aplicación preponderante (artículo 1624 ibídem)." ²⁰

²⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de noviembre de 2009. Exp.: 11001 3103 024 1998 4175 01. M.P. Pedro Munar

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

Así las cosas, el Tribunal entrará a definir la aplicabilidad de las cláusulas referentes al régimen de responsabilidad del Contrato para los casos de incumplimiento que se probaron en el proceso arbitral, en concordancia con lo pretendido en la demanda reformada y apelando a los criterios de interpretación que resulten pertinentes.

4.1. Indemnización de perjuicios por incumplimiento del Convocado al dar por terminado el contrato en forma unilateral.

La demanda arbitral solicita, como declaración consecuencial de dicho incumplimiento, la resolución del contrato.

El Tribunal interpreta esta petición en el sentido de decretar la terminación judicial del contrato de concesión, pues siendo este un acuerdo de duración que necesariamente se ejecuta en forma periódica, no es posible resolverlo con efecto retroactivo (*ex tunc*) volviendo las cosas al estado anterior en la medida que las prestaciones cumplidas durante la vigencia del contrato se consolidaron en el patrimonio de las partes. Así las cosas, lo que procede es la declaración judicial de terminación del vínculo contractual, como lo prevé el artículo 870 del Código de Comercio, aplicable al caso por tratarse de un negocio jurídico de naturaleza mercantil²¹:

"En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios."

En el caso *sub judice*, procede declarar la terminación del contrato de concesión y distribución suscrito el 1º de julio de 2010 –que no su resolución- como consecuencia del incumplimiento del Convocado, incumplimiento que ocurrió el

²¹ Artículo 20 numerales 1º y 16º del Código de Comercio.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

25 de mayo de 2012, fecha en la cual el Sr. JESÚS ANTONIO ZAPATA comunicó a Terpel su decisión de terminar el contrato en forma unilateral. La terminación que declarará el Tribunal opera *ex nunc*, es decir, a partir de esta última fecha, según las consideraciones que en apartes anteriores ha hecho el Tribunal.

Además, Terpel pretende (i) la indemnización de "todos los daños y perjuicios causados con el incumplimiento y la resolución (léase terminación) del contrato" (pretensión 2.1.3) y (ii) que se aplique la sanción contractual establecida en el literal a) de la cláusula 10.1 del contrato (pretensión 2.1.4).

El Tribunal estudiará estas pretensiones en el orden inverso al que plantea la convocante, por razones de organización.

El literal a) de la cláusula 10.1 sobre "Régimen de responsabilidad" establece como regla general en caso de incumplimiento, una multa a cargo del Concesionario por un valor equivalente al uno por ciento (1%) del valor promedio de las últimas tres facturas emitidas por TERPEL, en cada ocasión de incumplimiento del Contrato. Una vez comunicada por escrito la decisión de hacer efectiva la multa al Concesionario, Terpel tenía la facultad de aplicar sucesivamente la multa, mientras persistiese el incumplimiento, cada ocho (8) días calendario.

Por su parte, el Parágrafo 1 de la cláusula 10.1 precisa que esta y las demás multas previstas en esa cláusula tienen el carácter de apremio.

Observa el Tribunal que la mencionada multa tenía aplicación mientras el contrato estaba vigente con el objeto de apremiar o coaccionar al Concesionario para que cumpliera las obligaciones a su cargo cuando éste incurriera en algún incumplimiento –distinto a los previstos en los literales b) y c) de la misma cláusula- y en lugar de subsanar la situación, el Concesionario persistía en la

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

conducta contraria al contrato. Esta función de apremio explica por qué TERPEL se reservó el derecho de aplicar la multa cada ocho días calendario "mientras persistiese el incumplimiento", bajo el entendido, se repite, de que las partes continuaran vinculadas contractualmente.

En consecuencia, concluye el Tribunal que la multa referida no es aplicable a la hipótesis que se examina de terminación del contrato por parte del convocado: aun siendo ilegal dicha terminación, las partes dejaron de ejecutar sus prestaciones por sustracción de materia. El Convocado no hizo más pedidos y Terpel dejó de despachar combustibles a las estaciones de servicio. Así las cosas, la función de apremio asignada a la multa perdió su razón de ser y no se reactiva su cobro en la instancia arbitral cuando han transcurrido más de tres años desde la terminación del acuerdo por parte del convocado. En efecto, si el contrato terminó el 25 de mayo de 2012, no procede apremiar al convocado cuando ya no es Concesionario, y por tal razón dejó de cumplir sus obligaciones contractuales en forma definitiva.

Por las razones expuestas, no accederá el Tribunal a decretar a favor de TERPEL la multa solicitada en la pretensión 2.1.4.

Ahora bien, con referencia, a "todos los perjuicios", cuya reparación pide la convocante en la pretensión 2.1.3, entiende el Tribunal, con arreglo al artículo 870 del C. de Co. que son de carácter compensatorio, es decir, aquellos que buscan reemplazar por equivalencia la obligación incumplida. Para lograr el reconocimiento de esta reparación económica, el demandante tiene la carga de acreditar todos los perjuicios sufridos.

Sin embargo, atendiendo en forma integral el contenido del contrato, de conformidad con el art. 1622 C.C. el cual dispone que la interpretación del negocio debe ser sistemática, estima pertinente el Tribunal acudir para estos

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

efectos a la cláusula de "*liquidación anticipada de perjuicios*", contenida en la cláusula 10.2. Como se mencionó con anterioridad, esta clase de estipulaciones que se reconocen por nuestro ordenamiento jurídico cumplen la importante función de determinar en forma anticipada el *quantum* de los perjuicios que la parte incumplida debe reconocer a la otra, quedando esta última relevada de probar su monto.

Debe examinarse en forma cuidadosa la sección 10.2 como cláusula penal que fija la liquidación anticipada de perjuicios, para determinar su aplicabilidad como forma de cubrir "todos los perjuicios", según se solicita en la demanda por el incumplimiento consistente en la terminación unilateral del contrato por parte del convocado. En particular, habrá de analizarse el supuesto del literal a) de dicha cláusula, que se refiere a "cualquier causa imputable al Concesionario" por la cual se suspenda "el suministro de los Combustibles o el Concesionario deje de adquirir la totalidad o una porción del Volumen Mínimo de Combustibles (...)".²²

El supuesto del literal a) es que "por cualquier causa imputable al Concesionario", - incluyendo la terminación unilateral sin justa causa- este no adquiera en un determinado mes el volumen mínimo mensual fijado en el contrato, caso en el cual deberá pagar a Terpel un valor equivalente al "Margen de Comercialización Mayorista"²³ del volumen que resulte de restar el volumen efectivamente comprado a TERPEL en un respectivo mes calendario, del Volumen Mínimo de Combustibles en un determinado mes calendario.

²² Volumen mínimo de combustibles: "es la cantidad mensual mínima de combustibles fijada en el Anexo 5, que se obliga a comprar el Concesionario en cada momento y que Terpel se obliga a proveer" (Cláusula 1.1 bb). Por su parte, el Anexo 5 señala como volumen mínimo mensual de 400.000 galones para el Parador Corán y el Servicentro Serviez.

²³ Margen de comercialización de combustibles: "Es el margen bruto que le corresponde a Terpel en un respectivo mes calendario, equivalente a la diferencia entre el precio al que éste compra los combustibles y el precio de venta al Concesionario en Planta de Abastecimiento de los correspondientes combustibles." (Cláusula 1.1 r)

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

De la forma como se redactó la estipulación mencionada, puede entenderse que el detonante para el pago de perjuicios así estimados o liquidados era el déficit mensual en que incurría el Concesionario, al adquirir una cantidad de combustible inferior al volumen mínimo previsto en el contrato. De ello se desprendía el reconocimiento, a favor de TERPEL, a título de lucro cesante, la utilidad dejada de percibir, en la forma de margen de comercialización mayorista, aplicado al respectivo déficit mensual. Este cobro procedía en razón de las verificaciones que hacía Terpel mes a mes, lo cual supone la continuidad en la vigencia y ejecución del contrato.

A este respecto nota el Tribunal que no hay prueba en el expediente de que esta fórmula contractual se hubiese aplicado por Terpel ni de que se facturaron al convocado los valores resultantes, máxime cuando, de acuerdo con el dictamen de la perito GLORIA ZADY CORREA, durante todos los meses de ejecución del contrato, las compras del Concesionario estuvieron por debajo de 400.000 galones. De acuerdo con el dictamen referido, el valor total comprado mientras estuvo el contrato en ejecución (5.491.873 galones) que representa un volumen mínimo mensual inferior al previsto en el contrato. (Folio 8 Cuaderno de Pruebas No. 2).

No obstante, cabe otra posible interpretación de la cláusula 10.2 a), en particular de la expresión -referida a Concesionario- si este *"deja de adquirir de Terpel la totalidad (...) del volumen mínimo de combustibles en un respectivo mes"*: podría entenderse que la totalidad del volumen incluye la negativa a comprar combustibles en forma definitiva, aún en el evento de terminación sin justa causa del contrato por parte del Concesionario. En este supuesto, la fórmula prevista en el literal a) podría tomarse como la liquidación anticipada de perjuicios para reparar el daño sufrido por TERPEL tras las declaración judicial de terminación del contrato por incumplimiento.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

En ese orden de ideas, estima el Tribunal que procede acudir al criterio hermenéutico previsto en el artículo 1620 del C.C. según el cual *"el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno."* En otras palabras, a juicio de este Tribunal la cláusula 10.2 a) puede cumplir la función de estimar los perjuicios causados por el incumplimiento del Concesionario al dejar de adquirir combustibles, lo cual sucedió por la terminación intempestiva e injustificada del contrato por el Concesionario.

Atendiendo la ambigüedad detectada por el Tribunal sobre los dos sentidos diversos que puede atribuirse a la cláusula en mención, es del caso interpretarla en contra de TERPEL como predisponente del contrato de concesión, con fundamento en el artículo 1624 del ordenamiento civil como pasa a explicarse y sin perjuicio de otras consideraciones que hará el Tribunal con posterioridad, referente al monto que resulta de aplicar literalmente la fórmula basada en el margen de comercialización definida en el contrato.

El cálculo pericial de GLORIA ZADY CORREA para esta liquidación anticipada de perjuicios se basa en el margen de comercialización mayorista correspondiente a los 18.508.127 galones que el convocado dejó de adquirir (24.000.000 galones convenidos menos 5.491.873 galones efectivamente comprados). La liquidación arroja un margen de \$5.749.205.979 (margen bruto según la definición del contrato) menos costos de administración y ventas por valor de \$1.026.572.054, corroborados por la perito en la contabilidad de Terpel, lo cual da un margen neto de \$ 4.722.633.925 (Folios 8 y 9 del Cuaderno de Pruebas No. 2, páginas 7 y 8 del dictamen pericial).

Por último, a este valor debe restarse el de los incentivos convenidos con el Concesionario (cláusula 13.15 *in fine*) ya que el cálculo del margen de TERPEL se hará con base en las cantidades mínimas mensuales que el Concesionario

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

debía adquirir (400.000 galones), supuesto bajo el cual el Concesionario se hacía acreedor de los correspondientes incentivos.

El Tribunal observa que el otorgamiento de estos incentivos constituye un descuento que se otorga de acuerdo con el volumen de galones adquiridos, así:

De 0 a 250.000 = 0%
De 250.001 a 300.000 = 15%
De 300.001 a 350.001 = 20%
De 350.001 a 400.000 = 25%
De 400.001 en adelante = 30%

Si bien es cierto que el contrato estipula que este incentivo "será otorgado siempre que el concesionario se encuentre cumpliendo con la totalidad de las obligaciones consignadas en el presente contrato en los términos estipulados", el Tribunal considera incongruente esta afirmación con el reconocimiento de incentivos definidos para volúmenes inferiores a los 400.000 galones mensuales, que el mismo contrato señala como el mínimo so pena de desencadenarse las multas por incumplimiento. Esta ambigüedad permite al Tribunal interpretar la cláusula en contra de TERPEL (art. 1624 C.C.) en el sentido de determinar como procedente restar los incentivos del cálculo de los perjuicios solicitados.

Los incentivos, según el cálculo pericial, para ser descontados, ascienden a \$ 1.710.836.464 (Folio 24 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Anexo No. 1 del dictamen de GLORIA ZADY CORREA). Así las cosas, se tiene:

Margen mayorista bruto:	\$ 5.749.205.979
Menos gastos admon y ventas	\$ 1.026.572.054
Menos incentivos por volumen	\$ 1.710.836.464
Valor lucro cesante	\$ 3.011.797.461

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

Autorizado por el artículo 1624 del C.C., que permite la interpretación "*contra-proferentem*" y en razón de que fue TERPEL la parte que redactó la cláusula bajo examen, según se señaló anteriormente, el Tribunal adopta esta metodología para definir el monto del lucro cesante representado en el margen de comercialización mayorista, empleando el margen neto y no el margen bruto. Atiende además al razonamiento financiero de que TERPEL no percibe el 100% del margen bruto de comercialización sino que este valor debe depurarse restando los gastos administrativos en los que incurre el mayorista para hacer posible su operación y en cuanto a los incentivos, se reitera, que habiendo calculado el lucro cesante sobre el volumen mínimo mensual el Concesionario tendría derecho a los incentivos correspondientes de acuerdo con las tablas fijadas en el contrato.

En igual forma, el Tribunal no considera que el margen mencionado deba incrementarse por concepto de expansión volumétrica de los combustibles, ni reducirse por efecto de su evaporación, por cuanto estos conceptos son pertinentes durante una operación en marcha y tratándose de un contrato en ejecución. Pero más importante aún, es un concepto que está completamente ausente del contrato concluido entre las partes, razón ésta por la cual no será tenido en cuenta para ningún efecto.

4.2. Indemnización de perjuicios por incumplimiento del convocado al dejar de adquirir combustible de esta última.

Ante la prosperidad de esta pretensión, el Convocante pide en la demanda, la resolución del contrato (pretensión 2.2.2.). Para decidir, el Tribunal se remite íntegramente a sus consideraciones sobre la petición consecucional 2.1.2 y por ende declara terminado el contrato desde el 25 de mayo de 2012, con fundamento en el artículo 870 del Código de Comercio.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

En cuanto a la pretensión 2.2.3 de que se ordene al concesionario indemnizar todos los perjuicios ocasionados por el incumplimiento y la resolución del negocio, el Tribunal reitera sus planteamientos para despachar la petición 2.1.3 sobre la aplicabilidad de la cláusula 10.2 a) del contrato que prevé la liquidación anticipada de perjuicios.

En todo caso, siendo el incumplimiento del contrato motivo de su terminación judicial y de la consecuente indemnización que se ordenará pagar al Convocado por concepto de lucro cesante con base en el margen neto de comercialización con las reducciones aplicadas por el Tribunal, la reparación se ordenará por una sola vez y de ninguna manera por cada una de las declaraciones consecuenciales de contenido económico solicitadas en los cuatro grupos de pretensiones principales. De acceder a su acumulación, se propiciaría un enriquecimiento sin causa del Convocante, situación que la justicia no puede prohiar.

Por su parte, en su pretensión 2.2.4., la demandante solicita que se decrete a favor de TERPEL la sanción contractual establecida en el literal a) de la cláusula 10.1, la cual fue transcrita y analizada con anterioridad, para los fines de resolver la pretensión 2.1.4, que fue denegada. El Tribunal se remite a dichas consideraciones que le llevan a la misma conclusión y por no encontrar que la multa sea aplicable al incumplimiento invocado teniendo en cuenta que el contrato ya terminó, denegará la pretensión *sub examine*.

4.3. Indemnización de perjuicios por incumplimiento del Convocado al distribuir y comercializar a través de sus estaciones de servicio productos o combustibles adquiridos de terceros, a partir de mayo de 2012.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

En un aparte anterior de este laudo, el Tribunal encontró que el Convocado incumplió el contrato por este concepto.

En la demanda (pretensión 2.3.2) se solicita que, como consecuencia del incumplimiento del Convocado consistente en distribuir y comercializar a través de sus estaciones de servicio productos o combustibles adquiridos de terceros a partir de mayo de 2012, se ordene al demandado indemnizar todos los daños y perjuicios consecuencia del incumplimiento y la resolución del contrato a TERPEL.

En este aspecto, el Tribunal reitera su postura sobre la procedencia de declarar la terminación judicial del contrato a partir del 25 de mayo de 2012, con fundamento en el artículo 870 del ordenamiento mercantil y de las pretensiones principales ya resueltas.

Esta pretensión debe analizarse a la luz de la cláusula 10.2 b) que señala:

"b) Si el Concesionario distribuye o comercializa en o a través de la EDS Combustibles o Productos adquiridos de la Competencia o en general, de cualquier tercero diferente de Terpel, dejando de adquirir el Volumen Mínimo de Combustibles en un determinado mes, deberá pagar a Terpel un valor equivalente al Margen de Comercialización Mayorista correspondiente al Volumen Mínimo de Combustibles o Productos."

Para este supuesto de incumplimiento se diseñó una formula separada como liquidación anticipada de perjuicios, la cual se basa en el Margen de Comercialización Mayorista correspondiente al volumen mínimo de combustibles previsto en el contrato. A pesar de su especialidad, estima el Tribunal que no procede su aplicación como un mecanismo acumulativo con el previsto en la cláusula 10.2 a) y que ya se analizó en este laudo, en la medida en que su reconocimiento simultáneo supone una doble indemnización por los mismos perjuicios. Como ya se explicó, el incumplimiento del contrato es uno solo,

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

aunque hayan podido concurrir varias conductas en contravía del contrato, reprochables al Convocado.

Adicionalmente, en la pretensión 2.3.3 solicita el Convocante que se decrete el pago a favor de Terpel de la sanción contractual establecida en el literal b) de la cláusula 10.1 del capítulo X, con título "Régimen de responsabilidad", estipulación que es del siguiente tenor:

"Cuando el concesionario distribuya o comercialice en o a través de la EDS, productos o combustibles adquiridos de la competencia o en general, de cualquier tercero diferente de Terpel, deberá pagar a éste, por concepto de multas, un valor equivalente al cinco por ciento (5%) del valor promedio de las últimas tres facturas emitidas por Terpel por virtud del presente Contrato, para lo cual ante la ocurrencia del evento generador de las multas, Terpel podrá aplicar la respectiva multa y en ese caso deberá comunicar su decisión de hacer efectiva la multa al Concesionario, mediante notificación por escrito."

En este punto observa el Tribunal que la cláusula no contempla una multa periódica durante la ejecución del contrato, sino una sanción pecuniaria por adquirir combustible de personas diferentes del mayorista TERPEL, aplicable por una sola vez, previa comunicación por escrito al Concesionario. Se observa que en la carta enviada al Sr. ZAPATA por TERPEL el 20 de junio de 2012 (Folios 53 a 58 del Cuaderno de Pruebas No. 1), dicha notificación por escrito se realizó, por lo cual el supuesto de esta sanción se cumple. En razón de ello, el Tribunal dará aplicación a la multa prevista en el literal b) de la Cláusula 10.1, con el siguiente cálculo suministrado por la perito GLORIA ZADY CORREA: \$ 3.811.412,00 (Folio 13 del Cuaderno de Pruebas No. 2 pág.12 del dictamen).

4.4. Indemnización de perjuicios por incumplimiento del convocado al usar los signos distintivos de TERPEL en sus estaciones de servicio al comercializar productos o combustibles adquiridos de terceros.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

El Tribunal no halló pruebas concluyentes para afirmar que hubo incumplimiento del Convocado por este concepto. Por ello, no proceden las pretensiones a que se refiere el cuarto grupo de pretensiones principales, ni tampoco proceden las previstas en el cuarto grupo de pretensiones subsidiarias, toda vez que quedó demostrado que el Convocado incumplió el contrato al terminarlo unilateralmente. Tampoco prospera el quinto grupo de pretensiones subsidiarias en lo que se refiere a la pretensión 2.8.1, toda vez que no se demostró que el Convocado se haya enriquecido sin justa causa como consecuencia de aportes de capital de trabajo, equipos dados en comodato, reputación y clientela por parte de TERPEL que no se vieron retribuidos con la adquisición de combustibles u otros productos durante el tiempo necesario o en cantidad suficiente para el retorno de las mismas.

4.5. SOBRE LAS DEMÁS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS.

Teniendo en cuenta que el Tribunal encontró procedentes los tres primeros grupos de pretensiones principales, por sustracción de materia no son procedentes las pretensiones subsidiarias de aquellas.

Frente a la petición de que la condena sea indexada al día del pago, esta no procede, porque ya el margen mayorista está calculado mensualmente por la perito GLORIA ZADY CORREA con base en las Resoluciones expedidas por el Ministerio de Minas certificando el "margen mayorista" para cada período hasta diciembre de 2015. Nótese que este cálculo se incrementa por el Ministerio para cada período, tal como se puede constatar en el dictamen pericial acabado de citar, el cual no fue objeto de reparo.

Finalmente, solicita el Convocante que se reconozcan y paguen intereses de mora a la máxima tasa legal certificada por la Superintendencia Financiera, causados desde el día en que se emita el laudo que resuelva esta controversia y

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

hasta la fecha en que se efectúe el pago de la condena en los términos que ordene el Tribunal. Al respecto el Tribunal considera procedente la pretensión como consecuencia de la condena monetaria que se expresará en la parte resolutive de esta providencia, en atención a las consideraciones del Tribunal ya expuestas en las presentes consideraciones.

5. JURAMENTO ESTIMATORIO.

Como bien se sabe, el artículo 206 del CGP establece la institución del juramento estimatorio, la cual consiste en quien pretenda el reconocimiento de perjuicios, frutos, mejoras o compensaciones, debe estimarlas en forma razonada y discriminada bajo juramento con la demanda, estimación que hará prueba del monto de la reclamación mientras ella no sea objetada en forma oportuna por la parte contraria, como ocurre en el presente caso.

En el evento de que dicha objeción se hubiera producido, el juramento estimatorio no servirá de prueba, pues precisamente su eficacia probatoria se condiciona a que su contraparte no la objete o lo haga sin discriminación o justificación alguna.

De haberse objetado dicho juramento estimatorio, solo servirá entonces como medida o parámetro para determinar si lo estimado o pedido por el Convocante fue exagerado o desproporcionado en relación con el monto que se haya acreditado durante el proceso.

Por lo anterior, al momento de dictar laudo le corresponde al Tribunal revisar las cifras que el demandante incluyó en el juramento estimatorio, frente al monto que realmente pudo acreditar en el proceso, con el fin de establecer si existe una diferencia significativa que tenga como consecuencia la imposición de la sanción establecida en el inciso cuarto del artículo 206 del CGP (modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014), el cual establece que:

"Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

probada."

Resulta entonces, que la ley establece como sanción a quien en el juramento estimatorio incorpore sumas que excedan en un 50% lo que finalmente resulte probado en el proceso, caso en el cual se impondrá una sanción pecuniaria del 10% de la diferencia entre lo probado y lo estimado.

La ley de esta manera, sanciona a quien formule un juramento desfasado o exagerado de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014, el cual además establece que: "(...) *sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte*", de conformidad con lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-157 de 2013.

En este punto y al no haberse objetado el juramento estimatorio, considera el Tribunal que respecto de la parte Convocante no hay lugar a ordenar las sanciones de ley.

A lo dicho debe agregarse que no observa el Tribunal que la parte Convocante hubiera actuado con temeridad o mala fe a la hora de presentar el juramento estimatorio en los respectivos actos procesales, más aún cuando presentó un dictamen pericial para soportar el monto pretendido, lo cual refuerza la conclusión a que ha llegado el Tribunal en relación con la no imposición de la referida sanción.

6. COSTAS.

Teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda prosperan parcialmente, el Tribunal aplicará lo previsto en el numeral 6º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, norma que dispone: "*En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión*".

Considera el Tribunal que frente a la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda, la condena en costas debe ser igualmente parcial y, por ello, JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA, será condenado al pago del 20% de ellas.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

El numeral 9º del precepto legal citado dispone que *"Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"*, norma que aplicada al presente asunto impone la verificación en el expediente de las expensas y gastos asumidos por ORGANIZACIÓN TERPEL S.A., en el curso del proceso, verificación que arroja el siguiente resultado:

CONCEPTO	VALOR
Honorarios de los árbitros (50%)	\$260.535.000,00
Honorarios del Secretario (50%)	\$43.422.500,00
Gastos de Administración Centro de Arbitraje (50%)	\$43.422.500,00
Otros Gastos (50%)	\$2.620.000,00
Subtotal	\$350.000.000,00
Honorarios GLORIA ZADY CORREA	\$3.480.000,00
TOTAL	\$353.480.000,00

La suma total indicada, esto es, TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA MIL PESOS (\$353.480.000,00), que corresponde a las expensas o gastos propiamente dichos, será pagada por la parte Convocada en una proporción del 20%, según se indicó con anterioridad, para un total de SETENTA MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL PESOS (\$70.696.000,00).

En relación con las agencias en derecho, rubro que igualmente hace parte de las costas, el Tribunal, atendiendo los criterios establecidos al efecto en el numeral 3º del artículo 393 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con lo previsto por los Acuerdos 1887 y 2222 de 2003, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fija por tal concepto la suma de TREINTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$35.000.000,00).

En consecuencia, por concepto de costas en la parte resolutive del Laudo se impondrá condena a favor de ORGANIZACIÓN TERPEL S.A. y en contra de JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA por valor de CIENTO CINCO MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL PESOS (\$105.696.000,00), por concepto de costas y agencias en derecho.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

En el presente caso, debe tenerse en cuenta que la parte Convocante realizó el pago de los honorarios y gastos del Tribunal que le correspondían a la parte Convocada, es decir, la suma de \$350.000.000.00. El Tribunal, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, ordenará el pago de la suma establecida más los intereses de mora a la tasa más alta autorizada por la ley, a partir del día 15 de mayo de 2015 (fecha del vencimiento del término para cancelar los honorarios) hasta el día en que se realice el pago de la misma, lo cual se ordenará en la parte resolutive.

7. PARTE RESOLUTIVA.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias surgidas entre ORGANIZACIÓN TERPEL S.A. y JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley, con el voto unánime de sus integrantes, resuelve:

PRIMERO.-Declarar que el señor JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA, incumplió el "Contrato de concesión y distribución" celebrado el día 1 de Julio de 2010, con la ORGANIZACIÓN TERPEL S.A., por la razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.-Declarar terminado el contrato a que se refiere el anterior numeral, a partir del día 25 de mayo de 2012, por los motivos contenidos en las consideraciones del presente laudo.

TERCERO.- Condenar al señor JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA a pagar a la sociedad ORGANIZACIÓN TERPEL S.A., la suma de TRES MIL ONCE MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y UN PESOS (\$ 3.011.797.461,00) M.CTE., por concepto de los perjuicios

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
Y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

derivados del incumplimiento del contrato, por las razones expuestas en la parte motiva.

CUARTO.- Condenar al señor JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA a pagar a la sociedad ORGANIZACIÓN TERPEL S.A., la suma de TRES MILLONES OCHOCIENTOS ONCE MIL CUATROCIENTOS DOCE PESOS (\$ 3.811.412,00) M.CTE, por concepto de la sanción prevista en la cláusula 10.1 b) del contrato, según se desprende de las consideraciones expuestas previamente.

QUINTO.- Condenar al señor JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA a pagar a la sociedad ORGANIZACIÓN TERPEL S.A., la suma de CIENTO CINCO MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL PESOS (\$105.696.000,00) M.CTE., por concepto de costas y agencias en derecho de conformidad con la liquidación efectuada por el Tribunal en la parte motiva.

SEXTO.- Denegar por los motivos expuestos en la parte considerativa las pretensiones contenidas en el cuarto grupo de pretensiones principales (numerales 2.4.1, 2.4.2, 2.4.3 y 2.4.4). También se deniegan las pretensiones del cuarto grupo de pretensiones subsidiarias (numerales 2.8.1, 2.8.2 y 2.8.3), por las consideraciones contenidas en la parte motiva. Tampoco prospera el quinto grupo de pretensiones subsidiarias respecto de la pretensión 2.8.1 con fundamento en las consideraciones de este laudo.

SEPTIMO.- Denegar por las razones expuestas en esta providencia las demás pretensiones subsidiarias contenidas en la demanda arbitral reformada.

OCTAVO.- Condenar al señor JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA a pagar a la sociedad ORGANIZACIÓN TERPEL S.A., la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS M.CTE (\$350.000.000.00), por concepto de honorarios y gastos del proceso pagados por esta última con arreglo al artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, y se causarán los intereses moratorios a la tasa máxima

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

permitida por la ley, desde el día 15 de mayo de 2015 hasta el día de su pago, tal como lo dispone la norma antes citada.

NOVENO.- Condenar al señor JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA a pagar a la sociedad ORGANIZACIÓN TERPEL S.A., los intereses de mora a la tasa máxima autorizada en la ley, respecto de las sumas contenidas en los numerales TERCERO, CUARTO y QUINTO, los cuales se causarán a partir de la fecha del presente laudo.

DÉCIMO.- Por secretaría oficiase al JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA, dentro del proceso ordinario adelantado por el señor JESUS ANTONIO ZAPATA VALENCIA contra la ORGANIZACIÓN TERPEL S.A, número de radicado 2014-122, sobre la terminación del presente proceso arbitral mediante laudo y la cesación de funciones por parte del Tribunal, para que se abstenga de remitir el expediente.

DÉCIMO PRIMERO.- Ordenar la expedición de copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes, con las constancias de ley.

DÉCIMO SEGUNDO.- En firme este laudo arbitral, remitir el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación para su archivo definitivo.

DÉCIMO TERCERO- Declarar causado el saldo correspondiente a honorarios de los Árbitros y de Secretario del Tribunal, de conformidad con lo previsto en la Ley 1563 de 2012.

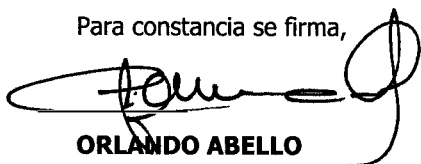
DECIMO CUARTO. .- Procédase por la Presidencia del Tribunal a elaborar y presentar a las partes la cuenta final de gastos, ordenando la restitución de las sumas remanentes a que hubiere lugar a la parte Convocante.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
y
JESÚS ANTONIO ZAPATA VALENCIA.**

DÉCIMO QUINTO.- Declarar que no procede la aplicación de la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, por lo expuesto en el presente laudo.

La anterior decisión se notifica en audiencia.

Para constancia se firma,



ORLANDO ABELLO
Árbitro-Presidente



MARCELA CASTRO RUIZ
Árbitro



CAROLINA GUILLÉN GÓMEZ
Árbitro



CARLOS MAYORCA ESCOBAR
Secretario del Tribunal